

บทที่ 3

ความรับผิดชอบในการประกอบธุรกิจโฆษณา

3.1 ทฤษฎีสากลที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา

แต่เดิมยังไม่มีแนวคิดในเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณาเกิดขึ้น กล่าวคือ¹ ประมาณ คศ. 1600 มีแนวคิด ผู้ซื้อต้องระวัง (Caveat Emptor หรือ Let The Buyer Beware) เกิดขึ้นเนื่องจากภาวะเศรษฐกิจในขณะนั้นเป็นการซื้อขายในวงแคบ ๆ แบบง่าย ๆ ทั้งผู้ซื้อและผู้ขายมีความรู้ในข้อมูลข่าวสารเท่าเทียมกัน จึงถูกสันนิษฐานว่าตัวผู้ซื้อและผู้ขายสามารถตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าและบริการได้โดยปราศจากการแทรกแซงจากรัฐ จึงเป็นที่สังเกตว่าหลักกฎหมายเช่นนี้เกิดขึ้นเพราะถือว่าหรือเชื่อว่าทุกคนมีความรู้และความสามารถเท่าเทียมกัน คนทุกคนจึงมีอิสระเท่าเทียมกันที่จะตกลงกันเพื่อให้มีนิติสัมพันธ์กันเช่นใดก็ได้ แต่เมื่อมีความเสียหายใดเกิดขึ้นตนก็ต้องรับภัยพิบัตินั้นเอง แต่เมื่อเทคโนโลยีของการแข่งขันพัฒนาขึ้นหลักดังกล่าวก็ไม่สามารถใช้ได้

ต่อมาประมาณ คศ. 1900 เป็นช่วงหลังการปฏิวัติอุตสาหกรรม เกิดแนวความคิดว่าการที่เศรษฐกิจไม่เจริญก้าวหน้าเกิดขึ้นเนื่องจากการที่รัฐเป็นผู้ดำเนินการทางธุรกิจ ดังนั้นควรปล่อยให้เอกชนแต่ละคนสามารถประกอบธุรกิจของตนได้โดยอิสระ ซึ่งจะเป็นผลให้เศรษฐกิจของประเทศเจริญก้าวหน้าไปได้อย่างรวดเร็ว แนวคิดทางเศรษฐกิจนี้เรียกว่า แนวคิดเศรษฐกิจแบบเสรี (Laissez Faire) ซึ่งมีข้อจำกัดว่า รัฐไม่ควรเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับเรื่องการค้า รัฐควรมีแต่หน้าที่ในการป้องกันการรุกรานจากภายนอกและรักษาความเรียบร้อยในประเทศ จึงเกิดแนวคิดในเรื่องอิสระของการทำสัญญา (Freedom of Contract) โดยยึดถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาอย่างเคร่งครัด ซึ่งหลักนี้ได้พัฒนามาสู่หลักความรับผิดชอบเฉพาะคู่กรณีในสัญญา (Privity of contract) และเนื่องจากหลักนี้จะคุ้มครองเฉพาะคู่กรณีเท่านั้น และโดยที่ผู้

¹Gordon Borric & Aubrey L. Diamond, The Consumer Society and the Law pg. 15-49. and 259-260 (1964)

บริการที่ซื้สินค้าหรือบริการไม่จำกัดเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น ดังนั้นหลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดชอบเฉพาะคู่กรณีในความเสียหายที่จะต้องอาศัยความผูกพันทางสัญญาเท่านั้น จึงเป็นอุปสรรคในการคุ้มครองผู้บริโภคที่มีข้อสัญญาแต่ได้รับความเสียหาย ผู้เสียหายที่มีข้อกรณีตามสัญญาจะไม่มีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ขายหรือผู้ให้บริการรับผิดชอบต่อตนได้ (เนื่องจากมีข้อสัญญา) ผู้เสียหายมีเพียงสิทธิในการฟ้องเป็นคดีละเมิดเท่านั้น ซึ่งการฟ้องคดีละเมิดนี้ผู้เสียหายเป็นผู้กล่าวอ้างว่าผู้ขายหรือผู้ให้บริการทำผิดเสียหายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ดังนั้น จึงเป็นภาระของผู้เสียหายที่จะต้องพิสูจน์ (Burden of Proof) ว่าผู้ขายหรือผู้ให้บริการจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างไรจึงก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตนตามที่กล่าวอ้าง ซึ่งการพิสูจน์ดังกล่าวทำได้ยากเพราะการผลิตสินค้าในปัจจุบันมีกระบวนการที่ซับซ้อนมากขึ้น ซึ่งทั้งในเรื่องสัญญาในแง่ (Privity of Contract) และละเมิดในแง่ (Burden of Proof) ต่างก็เป็นอุปสรรคสำคัญในการคุ้มครองผู้บริโภค

หลังจากระบบเศรษฐกิจแบบเสรีได้ถูกนำมาใช้อย่างกว้างขวาง กาลต่อมาเริ่มพิสูจน์ให้เห็นว่าระบบเศรษฐกิจแบบเสรีดั้งเดิม (Classic capitalism) ซึ่งยึดหลัก Let the buyer beware นั้นมิได้ถูกต้องทั้งหมด เพราะการปล่อยให้มีการแข่งขันกันเต็มที่ กลับนำไปสู่การรวมตัวกันทางเศรษฐกิจเพื่อแข่งขันกันขึ้น ฝ่ายที่มีพลังทางเศรษฐกิจและการเมืองสูงกว่าจะชนะและล้มคู่แข่งรายย่อยไปตามลำดับ แนวโน้มที่จะเกิดภาวะในตลาดแบบผูกขาด (Monopoly) เริ่มเด่นชัดขึ้นทุกทีในปี ค.ศ. 1930 ประเทศในโลกรตะวันตกเริ่มตระหนักถึงผลร้ายอันนี้ ประกอบกับแนวความคิดทางด้านสวัสดิการสังคม (Social welfare) เริ่มได้รับความนิยมนมากขึ้น เพราะดูจะสมควรและมีความเป็นธรรมมากกว่าประเทศในโลกรตะวันตกรวมทั้งสหรัฐอเมริกาเอง ก็ยอมรับว่าการแข่งขันอย่างเสรีโดยไม่มีการควบคุมนั้นไม่ถูกต้อง และเห็นกันว่ารัฐมีหน้าที่ต้องคุ้มครองประชาชน (Paternalism) ด้วย จึงเริ่มมีการออกกฎหมายมาบังคับการประกอบธุรกิจ การธนาคาร กิจการประกันภัยและกิจการอื่น ๆ ที่กระทบถึงความปลอดภัยและผาสุกแห่งสาธารณชน ซึ่งเท่ากับถือว่าในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีสมัยใหม่ (Modern Capitalism) นั้น รัฐมีอำนาจเข้ามาแทรกแซงการประกอบธุรกิจของเอกชนได้ตามสมควร เพื่อพิทักษ์ให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรมและเพื่อประโยชน์แห่งสาธารณชน และโดยที่การธุรกิจได้เจริญก้าวหน้าอยู่ตลอดเวลา กรรมวิธีในการผลิตก็ได้รับการพัฒนา และมีการนำวัสดุแปลก ๆ ต่าง ๆ มาใช้ ซึ่งวัสดุบางประการนั้นอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายและสุขภาพได้ ถ้าใช้กันไม่ถูกต้อง นอกจากนั้นกรรมวิธีในด้านการตลาดก็พัฒนามากขึ้น ได้เปลี่ยนจากการขายประเภทตัวต่อตัวมาเป็นการขายโดยนายหน้า ตัวแทนเซลล์แมน และการโฆษณาชักชวนในรูปแบบต่าง ๆ กรรมวิธีในการผลิตและการตลาดจึงซับซ้อนมากขึ้นตามลำดับ ยิ่งกว่านั้นฝ่ายผู้ผลิตและพ่อค้าก็มีการรวมตัวกันในการ

ประกอบการมากขึ้น เริ่มมีการรวมทุนกันก่อตั้งเป็นบริษัท ห้างหุ้นส่วน และนิติบุคคลในรูปแบบต่าง ๆ ดังจะเห็นได้ว่าสถาบันการค้าในปัจจุบันบางแห่งมีลูกจ้างหลายพันคน มีทุนทรัพย์และนักวิชาการมากมาย และการรวมตัวเป็นสมาคมการค้า (Trade Association) ก็มีกันมานานแล้วด้วย เมื่อพิจารณาถึงภาวะการณปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าธุรกิจเจริญก้าวหน้าขึ้น ฝ่ายผู้ผลิตหรือผู้บริโภคไม่ได้มีฐานะความสามารถเท่าเทียมกับฝ่าย ผู้ผลิตและผู้ประกอบธุรกิจอีกต่อไป จนมีผู้ให้ข้อสังเกตว่า ผู้บริโภคตกอยู่ในฐานะที่ถูกแสวงหาประโยชน์ (Exploitation) แต่ฝ่ายเดียว การเข้าคุ้มครองผู้บริโภคจึงมีความจำเป็น บางคนจึงเสนอว่าเมื่อความเท่าเทียมกันไม่มี หลักกฎหมายก็ควรเปลี่ยนไป โดยเลิกคิดว่าผู้ซื้อมีหน้าที่ต้องระวัง น่าจะให้ผู้ขายเป็นฝ่ายต้องระวังบ้าง (Let The Seller Beware) เพราะผู้ขายอยู่ในฐานะได้เปรียบกว่า² การจะเข้ามาคุ้มครองแค่ไหนเพียงใด ยังเป็นปัญหาที่ต้องคิดกันอีกไม่น้อย นักกฎหมายรุ่นหลังเริ่มตระหนักว่ากฎหมายพาณิชย์ที่ยึดถือกันมาแต่เดิมนั้นไม่ถูกต้องตามกาลสมัยแล้ว

แนวคิดและทฤษฎีที่เป็นที่มาของกฎหมายเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค³

เกิดมาจากการขยายความรับผิดชอบในทางสัญญาให้กว้างออกไป ไม่เพียงแต่คู่กรณีเท่านั้นที่จะมีสิทธิเรียกร้องต่อกันหากมีความเสียหายเกิดขึ้น (Privity of Contract) กล่าวคือ ไม่ถือว่าสัญญาผูกมัดเฉพาะคู่สัญญา พร้อมทั้งยังนำเอาหลักข้อสันนิษฐานความผิดในกฎหมายละเมิด ที่ให้ถือว่าผู้ประกอบธุรกิจอาจต้องรับผิดชอบไม่จำเป็นต้องมีความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ (No Fault Liability)

ตั้งแต่ ค.ศ.1927 แนวคิดของผู้บริโภคที่จะได้ดำรงชีพอยู่โดยไม่เสียเปรียบผู้ประกอบธุรกิจเริ่มเกิดขึ้น และเริ่มเด่นชัดขึ้นเมื่อประมาณสิบห้าปีที่ผ่านมานี้ แนวความคิดในการคุ้มครองผู้บริโภคได้ปรากฏออกมาในหลายรูปแบบ และมีการรวมตัวในกลุ่มของผู้บริโภคมากขึ้นทุกขณะ เพื่อ

²Richard H. Buskirk & James T. Rothe "Consumerism : An Interpretation" , Consumerism : The Eternal Triangle : Business, Government and Consumer 31 (Murray ed. 1973)

³สุชม สุภนิตย์, คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค, สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534, หน้า 1-17

ทำให้เกิดน้ำหนักในการเรียกร้อง (collective voice) จนทำให้กลุ่มผู้ประกอบการซึ่งจับตามองการเคลื่อนไหวชนิดนี้ขนานนามการรวมกลุ่มในลักษณะนี้ว่า "ลัทธิผู้บริโภคนิยม" (consumerism) โดยถือว่าเป็นกระบวนการที่ช่วยให้แตกสามัคคีในทางธุรกิจ โดยการกุเรื่องต่าง ๆ ขึ้น หรือเป็นพวกนักการเมืองที่คิดว่าตนเองมีฐานะดีขึ้นได้ โดยการกล่าวหาบริษัทใหญ่ ๆ และประณามว่ากระบวนการนี้จะทำลายระบบธุรกิจ ทำให้ความเป็นอิสระในการเลือกซื้อสินค้าของผู้บริโภคหมดไปและท้ายสุดจะเป็นการทำลายระบบการปกครองด้วย⁴

คำว่า Consumerism เป็นคำใหม่ และยังมีความหมายสับสนอยู่ แม้เดิมจะมีผู้ใช้ในทางการมองโลกในแง่ร้ายก็ตาม แต่ต่อมาฝ่ายกลุ่มผู้บริโภคเองก็นำคำนี้มาใช้ แต่ใช้กันในความหมายว่าเป็นการรวมตัวกันของผู้บริโภคก่อให้เกิดเป็นพลังทางสังคม เพื่อต่อสู้ให้ได้มาซึ่งมาตรฐานที่ดีในการดำรงชีพของผู้บริโภค โดยการให้ความช่วยเหลือและคุ้มครองผู้บริโภคในการเผชิญหน้ากับฝ่ายผู้ประกอบการ ตามวิถีทางแห่งกฎหมาย ศิลปกรรมและพลังทางเศรษฐกิจ และให้มีการแก้ไข ชดเชย และเยียวยาสภาพอันไม่น่าจะพึงพอใจที่ผู้บริโภคประสบอยู่ในแง่หลังนี้ ลัทธิผู้บริโภคนิยมจึงมีจุดมุ่งหมายในทาง เพื่อสร้างความเข้าใจและความเท่าเทียมกันระหว่างฝ่ายผู้ประกอบการและฝ่ายผู้บริโภค แต่ปัญหาคือการประสานผลประโยชน์สองฝ่ายเข้ากันจะกระทำได้เพียงใด กล่าวคือ ถ้าถือว่าบรรดาผลผลิตต่าง ๆ ที่ทำขึ้นนั้นได้ทำขึ้นเพื่อการบริโภคของผู้บริโภค จุดมุ่งหมายปลายทางก็ต้องทำให้ดีที่สุดสำหรับผู้บริโภค แต่ในขณะเดียวกันระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมนั้นยึดเอาการแข่งขันเป็นหลักภาวะ เป็นสิ่งที่มีส่วนสำคัญในการกระตุ้นให้ผู้ประกอบการแข่งขันกัน ถ้าทำดีมากเกินไปก็จะน้อย ถ้าอยากได้กำไรมากเกินไปก็ไม่สามารถจะทำให้ดีได้ กรณีจะขัดกันโดยสภาพ โดยเฉพาะในภาวะปัจจุบันที่ผู้ประกอบการจำนวนไม่น้อยต้องการตัดดวงกำไรแต่เพียงในระยะสั้น ประกอบกับการศึกษาในระดับต่ำของผู้บริโภค ความไม่รู้ในคุณภาพของ สินค้าที่ทันสมัย ความยุ่งเหยิงของข่าวสารเกี่ยวกับสินค้า การมีสินค้ายี่ห้อต่าง ๆ มากเกินไป ตลอดจนเทคนิคการโฆษณาชักจูงใจผู้บริโภคให้หลงผิดในคุณสมบัติของสินค้าโดยตัดสินใจเลือกซื้อสินค้า หรือบริการ รัฐจึงต้องเข้ายุ่งเกี่ยวเพราะการจะให้ผู้บริโภคแต่ละรายมาดำเนินการเรียกร้องเอาแก่ผู้ประกอบการจะเกิดปัญหาขัดข้องอย่างมาก เช่น การเสียเวลาและค่าใช้จ่าย อย่างไรก็ตามการที่รัฐบาลเข้ามาเป็นตัวกลางในการประสานงานมักปรากฏว่ารัฐมักจะดำเนินการล่าช้าเสมอ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

⁴Ralph Nader, "The Great American Gyp, "Consumerism : search for the Consumer Interest 23 (2ed Acker & Day 1974).

เมื่อพิจารณาจากกระบวนการโฆษณาที่มีผลต่อผู้บริโภคแล้ว จะเห็นว่าเริ่มกันมาตั้งแต่การจัดทำหรือจัดจำหน่ายสินค้าและบริการแบบต่าง ๆ การแข่งขันกันในเรื่องผู้จัดทำกันเอง การกระจายสินค้าและบริการมายังผู้บริโภค และการมีนิติสัมพันธ์โดยการที่ผู้บริโภครับเอาสินค้าและบริการ วิชาที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคจึงครอบคลุมตั้งแต่การการสาธารณสุข การบริการสาธารณะ การรักษาสินค้า การขนส่ง เศรษฐกิจ การพาณิชย์ การช่วยเหลือผู้ยากจน สังคมวิทยา และกฎหมาย ในขณะที่ผู้บริโภคต้องอยู่ในฐานะเสียเปรียบดังกล่าวข้างต้น ทำให้ผู้คิดกันว่าผู้บริโภคจะต้องมีสิทธิบางอย่างเพิ่มขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับภาวะสังคมสมัยใหม่ และโดยมากจะเห็นด้วยกับสุนทรพจน์ ของประธานาธิบดีเคนเนดี ซึ่งได้ประกาศปณิญาว่าด้วยสิทธิพื้นฐาน 7 ประการของผู้บริโภค (Consumer's Bill Of Rights Message) เมื่อปี ค.ศ. 1962 ในการ แถลงแก่ Consumer Advisor Council ซึ่งรัฐบาลสหรัฐอเมริกาในขณะนั้นจัดตั้งขึ้น เพื่อพิจารณาหาทางคุ้มครองผู้บริโภคว่า "ถ้ารัฐบาลจะกระทำให้สมกับที่ความรับผิดชอบที่มีต่อผู้บริโภคในการใช้สิทธิของเขาเหล่านั้นแล้วจะต้องมีกฎหมายและการดำเนินการของฝ่ายปกครองเพิ่มขึ้น และสิทธิทั้งหลายที่บรรดาผู้บริโภคมีอยู่จะต้องรวมถึง (1) สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัย (2) สิทธิที่จะได้รับข่าวสาร (3) สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าและบริการ (4) สิทธิที่จะเรียกร้องนโยบายของรัฐ (5) สิทธิที่จะได้รับค่าชดเชยความเสียหาย (6) สิทธิที่อยู่ในสังคมแวดล้อมที่สะอาด (7) สิทธิที่จะได้รับความรู้⁵" ซึ่งปัจจุบันนี้คำกล่าวของประธานาธิบดีเคนเนดียังคงยึดถือเป็นหลักประกันเรื่อยมา

ส่วนในประเทศไทยก็มีการคุ้มครองผู้บริโภคโดยองค์กรของรัฐ โดยมีการบัญญัติพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ดังปรากฏใน มาตรา 4 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

มาตรา 4 ผู้บริโภคมีสิทธิได้รับความคุ้มครองดังต่อไปนี้

1. สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณณาคุณภาพที่ถูกต้อง และเพียงพอ เกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ
2. สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ
3. สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ
4. สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย

⁵Consumer Advisory Council, First Report 5 (Executive office of the President 1963).

ในการควบคุมการโฆษณาโดยกฎหมายนั้น มีพื้นฐานมาจากสิทธิข้อที่หนึ่งตามมาตรา 4 ข้างต้นคือ

สิทธิที่จะได้รับข่าวสาร (Right to be Informed) ในระยะเริ่มแรกของการพาณิชย์ ข่าวสาร เกี่ยวกับสินค้าหรือบริการไม่ใช่เรื่องที่สำคัญมากนัก เพราะสินค้าหรือบริการโดยมากเป็นเรื่องง่าย ๆ ที่เข้าใจกันได้ทั่วไป เช่น คนพื้นบ้านเข้าใจกันว่าน้ำปลาทำอะไรหรือการรับจ้างเกี่ยวข้าวมีการกระทำเช่นใด เป็นต้น แต่ต่อมาเมื่อวิวัฒนาการด้านพาณิชย์กรรมเจริญมากขึ้น วิธีการในการจัดทำสินค้าหรือให้บริการก็เริ่มซับซ้อนตามลำดับ เช่น ในปัจจุบันคนทั่วไปไม่อาจลิ้มรสแล้วทราบว่ามีสิ่งใดที่ตนชิมเป็นน้ำบีเอ็กซ์หรือน้ำปลาแท้ หรือการเกี่ยวข้าวก็มีการรับจ้างเกี่ยวโดยใช้เครื่องมือเกี่ยวข้าว ซึ่งความยุ่งยากและลำดับการปฏิบัติงานแตกต่างไปจากเดิมมาก

นอกจากนี้ยังมีการนำวัสดุต่าง ๆ ที่อาจมีพิษมาใช้ในการผลิตสินค้ามากขึ้น และการให้บริการต่าง ๆ ก็ซับซ้อนยิ่งขึ้น จนเราไม่อาจทราบได้ว่าชิ้นส่วนแต่ละชิ้นในเครื่องโทรศัพท์ทำงานอย่างไร จากการพัฒนาเช่นนี้พอจะเห็นได้ว่า เมื่อเทคโนโลยีและการคิดค้นในเรื่องต่าง ๆ พัฒนาไปมากเข้าคนเรายังทราบถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสินค้าและบริการน้อยลงทุกที รอกาสเอารัดเอาเปรียบโดยฉกฉวยเอาความไม่รู้ของผู้อื่นจึงเพิ่มขึ้นตามลำดับ จนปรากฏว่าผู้บริโภคไม่สามารถซื้อหาหรือได้บริการตามความประสงค์ที่แท้จริงได้ ยิ่งกว่านั้นในระบบการค้าเสรีที่ส่งเสริมให้มีการแข่งขันนั้นบรรดาสินค้าและบริการต่าง ๆ ก็มีออกมาอีกหลายประเภทแปลก ๆ แตกต่างกันไป สินค้าและบริการแต่ละอย่างจะมีจุดดีของตนเองอยู่ไม่มากนักน้อย และคนเราก็มีความต้องการไม่เหมือนกัน บางคนมีเงินมากต้องการสิ่งของระดับยอดเยี่ยมไม่ว่าจะเสียเงินเพียงใด แต่บางคนต้องการสิ่งของที่คุณภาพพอใช้ได้และราคาต่ำ การมีสินค้าและบริการมากมายเกินไป แม้จะแตกต่างตามความต้องการบุคคล แต่ทำให้มีผู้บริโภคสับสนมากยิ่งขึ้นว่าอะไรคือจุดดีหรือจุดด้อยของสินค้าหรือบริการหรืออะไรคือสิ่งที่ต้องการ และภาวะสับสนของผู้บริโภคเกี่ยวกับคุณลักษณะของสินค้ายิ่งยอกย้อนมากไปกว่านั้นอีกเมื่อภาวะแข่งขันทางเศรษฐกิจเติบโตมากขึ้น

ดังนั้นการโฆษณาจึงเข้ามามีบทบาทในการตลาดของสินค้า คนเราไม่อาจทราบว่ามีสินค้าใด ยกเว้นแต่จะทราบจากโฆษณา และคนเราไม่อาจทราบว่ามีสินค้าหรือบริการใดดีตรงจุดใด แตกต่างกว่าสินค้าอื่นอย่างไร เว้นแต่จะทราบจากโฆษณาเป็นขั้นแรกก่อนการทดลองใช้ สินค้าหรือบริการใดโฆษณาดีก็จะทำให้เป็นที่นิยมในหมู่ผู้บริโภคทั้งที่คุณภาพอาจดีไม่เท่าสินค้าหรือบริการอื่น

ชนิดหนึ่ง และโดยเฉพาะเมื่อเกิดมีโฆษณาประเภทที่หลอกลวงหรือเคลือบคลุมนั้น กรณีย่อมเห็นได้ว่าฐานะของผู้บริโภคจะแย่ไปกว่าที่ควรจะเป็นอีกชั้นหนึ่ง โดยเหตุนี้จึงกล่าวกันว่าผู้บริโภคว่าต้องมีสิทธิได้รับข่าวสารที่ถูกต้องและเพียงพอ (Right to be Informed) ซึ่งผู้บริโภคเองไม่สามารถคุ้มครองตนเองให้ได้รับข่าวสารที่ถูกต้องและเพียงพอ จุดนี้เองที่รัฐจำเป็นต้องเข้าควบคุมการโฆษณาของผู้ประกอบกิจการเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค

อีกทั้งข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าอาจมีกระจายออกมาในหลายรูปแบบ ฉลาก (Label) บ้ายรายการที่ยกขึ้นในร้านหรือติดหน้าร้าน บรรดาข้อความต่าง ๆ ที่ติดอยู่ที่กล่องสินค้าหรืออยู่ในกล่องสินค้า หรือสมุดคู่มือที่ส่งแยกออกมาต่างหาก เอกสารเกี่ยวกับการใช้สินค้า* ตลอดจนการระบุจำนวนน้ำหนัก หรือขนาดที่กล่องบรรจุ เป็นต้น จนมีบางท่านแยกว่าผู้บริโภคว่าต้องมีสิทธิที่จะได้รับการโฆษณาที่แท้จริง (Right to truthful Advertising) และสิทธิที่จะได้รับฉลากหรือข่าวสาร (Right to Informative labeling and Packaging) ความจริงแล้วควรหมายความว่ารวมถึงข่าวสารทุกชนิดที่ได้รับจากฝ่ายผู้ประกอบการธุรกิจ หรือที่กฎหมายบังคับให้ฝ่ายผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องจัดทำขึ้นด้วย โดยเหตุนี้จึงเริ่มมีกฎหมายออกมากำหนดให้ฉลากต้องมีข้อความหรือข่าวสารต่าง ๆ เช่น ในสหรัฐอเมริกา มีกฎหมาย Food, Drug, and Cosmetic Act, 1938; Wool Products Labeling Act, 1939; Fur Products Labeling Act, 1951; Flammable Fabrics Act, 1953; Textile Fiber Products Identification Act, 1958; Cigarette Labeling and Advertising Act, 1965 และ Fair Packaging and Labeling Act, 1966 แต่กฎหมายหลักในเรื่องการควบคุมการโฆษณา คือ Federal Trade Commission Act, 1914

ในกฎหมายของไทยก็มีในทำนองเดียวกัน เช่น พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 แต่ในส่วนกฎหมายหลักที่ควบคุมการโฆษณา

*ในคดี *Kordel v. U.S.*, 335 U.S. 345 (1948) ก็วินิจฉัยว่า สมุดแนะนำวิธีการใช้ยาแม้จะส่งตามมาแยกต่างหากจากยาที่ขาย ก็ถือเป็นฉลาก (Label) อย่างหนึ่งได้ ทั้งนี้โดยดูความมุ่งหมายในการจัดจำหน่ายของสิ่งนั้นเป็นสำคัญและถือว่าผู้บริโภคว่าควรต้องได้ข่าวสาร เช่นว่านี้โดยถูกต้อง

ประเทศไทยคือ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ในส่วนของบรรดาฉลาก หีบห่อ หรือ ภาชนะบรรจุ จะต้องมียี่ห้อหรือชื่อ หรือการจดให้ข่าวสารในบริการต่าง ๆ จะมีการแจ้งข้อความเช่นใด ก็ขึ้นอยู่กับประเภทของสินค้า หรือบริการและสถานที่ต่าง ๆ แต่ในส่วนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะกล่าวถึงข่าวสารที่ผู้บริโภคได้รับในแง่ของการโฆษณาโดยเฉพาะ

การคุ้มครองผู้บริโภคกับการค้าที่ไม่เป็นธรรม

การคุ้มครองผู้บริโภคโดยการทำสิทธิในการที่จะได้รู้ถึงข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการนี้ นอกจากจะมีการกำหนดวิธีการโฆษณาสินค้าหรือบริการไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งถือเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคโดยตรงแล้ว ยังอาจจะมีเหตุผลในการกำหนดเป็นแนวทางการปฏิบัติในทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair or deceptive Acts, Unfair Trade Practices) ประเทศที่มีความเจริญอันมีตัวในทางอุตสาหกรรม เช่น สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น ออสเตรเลีย อังกฤษ เป็นต้น มุ่งจะจำกัดเสรีภาพในการโฆษณา ด้วยวัตถุประสงค์หลัก 2 ประการด้วยกัน⁶ กล่าวคือ

1. เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค
2. เพื่อคุ้มครองสิทธิประโยชน์จากผู้ประกอบการธุรกิจมิให้ถูกเอาเปรียบอย่างไม่เป็น

ธรรมจากผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกัน

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นผู้นำในแนวคิดด้านนี้โดยอาศัยสมมติฐานการแข่งขันที่เป็นธรรมทางการค้า (Competitive and faire Trade) ซึ่งได้บัญญัติกฎหมายของสหพันธรัฐชื่อ Federal Trade Commission Act 1914 กำหนดว่าการแข่งขันทางการค้าซึ่งไม่เป็นธรรม (Unfair Methods of Competition) จะกระทำมิได้ และต่อมาได้มีการแก้ไขกฎหมายฉบับนี้โดย The Wheeler lea amendments to the Federal Trade Commission Act 1938 เกี่ยวกับกรณีการกระทำอันเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายที่ถือว่าเป็นการปฏิบัติทางธุรกิจที่ไม่เป็นธรรม ต่อผู้ประกอบการด้วยกัน (Unfair or deceptive acts or practices in commerce) ให้หมายรวมถึงการโฆษณา ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการด้วยกัน

⁶ สุขุม สุภนิตย์, เอกสารการสอนชุดวิชา ธุรกิจการโฆษณา หน้าที่ 11-15 สาขา วิชา นิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช พิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2531 หน้า 123-130

เช่น การไร้ข้อความโฆษณาที่ทำให้ธุรกิจคู่แข่งเสียหายโดยอ้างข้อความเท็จ คดีอาจเริ่มจากการร้องขอให้คณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ (Federal Trade Commission FTC.) พิจารณากรณีที่ถูกละเมิดสิทธิดังกล่าว และผู้ถูกกล่าวหาไม่มีสิทธิอุทธรณ์คำพิจารณาของ FTC.* ต่อศาลอุทธรณ์แห่งสหพันธรัฐ (Court of Appeals of the United States) คำพิพากษาของศาลถือเป็นที่สุด เว้นแต่มีกฎหมายพิเศษยกเว้นเกี่ยวกับพิจารณาของศาลสูงในเรื่องนี้

เหตุผลที่กฎหมายควบคุมการโฆษณาจะต้องคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของผู้ประกอบธุรกิจด้วยกันให้ถูกเอาเปรียบอย่างไม่เป็นธรรม (การเอาเปรียบอย่างไม่เป็นธรรมเป็นเช่นใด จะได้กล่าวต่อไป) มีเบื้องหลังมาจากแนวคิดในเรื่องการป้องกันการผูกขาด ซึ่งแนวคิดนี้คิดกันว่าหากปล่อยให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมก็จะทำให้เกิดการโฆษณาของฝ่ายที่เข้มแข็งกว่าชนะ และเกิดสภาพตลาดแบบผูกขาด (Monopoly) หรือตลาดที่มีผู้ขายน้อยราย (Oligopoly) และการแข่งขันจะหมดไปในที่สุด ก่อให้เกิดการผูกขาด และผู้บริโภคจะเดือดร้อนในที่สุด เนื่องจากไม่มีโอกาสเลือกซื้อสินค้าหรือบริการอื่นได้

แนวคิดของกฎหมายป้องกันการค้าแข่งไม่เป็นธรรมในประเทศไทย

กฎหมายที่มีแนววัตถุประสงค์ที่จะปกป้องประโยชน์ทางธุรกิจโดยป้องกันมิให้มีการกระทำอันเป็นการแข่งขันที่ไม่ยุติธรรมนี้ มีบัญญัติในหลายประเทศ เช่น ญี่ปุ่น ออสเตรเลีย อังกฤษ และในประเทศไทยก็มี คือ พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 แต่ควรสังเกตว่าพระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาดมิได้บัญญัติถึงการกระทำอันไม่เป็นธรรมทางการค้าและไม่กล่าวถึงการโฆษณา ดังนั้นในประเทศไทย การโฆษณาจึงถูกควบคุมโดยกฎหมายอื่น และได้มุ่งหมายจะคุ้มครองประโยชน์ของผู้ประกอบธุรกิจด้วยกันอย่างชัดเจน ดังจะเห็นได้จากกฎหมายหลักในการคุ้มครองผู้บริโภคทางการโฆษณา คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ระบุเหตุผลในการออกกฎหมายฉบับนี้ไว้อย่างชัดเจนว่า มุ่งคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งอยู่ในฐานะเสียเปรียบ (ดูหมายเหตุท้าย พระราชบัญญัติฉบับนี้) แต่ในขณะเดียวกันผู้ประกอบการก็หลีกเลี่ยงจากการโฆษณาของผู้ประกอบธุรกิจด้วยกันสามารถอาศัยสิทธิตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้

* FTC. จะมีคำสั่งหยุดการกระทำใด ๆ ก็ตาม ที่เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายหลังจากที่มีการพิจารณาโดยเปิดเผย โดยผู้ถูกกล่าวหาจะนำข้อเท็จจริงมาแสดง

บริโภคฉบับนี้ เพื่อให้ตนได้รับความคุ้มครองได้ แต่มีใช้ในฐานะผู้ประกอบการ กล่าวคือ ต้องร้องเรียนในฐานะประชาชนหรือผู้บริโภคทั่วไป หากใช้ในฐานะผู้ประกอบการค้าแข่งไม่

ดังนั้น จึงเป็นความจำเป็นทั้งทางด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยและดำรงไว้ซึ่งความเป็นธรรมในทางการค้าแบบเสรี รัฐจึงต้องเข้ามาแทรกแซงมีบทบาทในการกำหนดระเบียบข้อบังคับในเรื่องกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณามากขึ้น ซึ่งในต่างประเทศการออกกฎหมายเพื่อจำกัดเสรีภาพในการโฆษณาจะอาศัยเหตุผลในด้านการเมืองการปกครอง และเหตุผลในทางคุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจให้สามารถแข่งขันทางการค้าได้อย่างเป็นธรรม แต่ส่วนลักษณะของกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการโฆษณาในประเทศไทย มุ่งหมายเฉพาะในด้านการรักษาความสงบเรียบร้อย โดยคุ้มครองผู้บริโภคมากกว่าที่จะคุ้มครองผู้ประกอบการด้วยกัน จะเห็นได้จากบทที่ 3.2 นี้ว่ากฎหมายต่าง ๆ ส่วนใหญ่ จะมีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชน และหน่วยงานของรัฐเท่านั้นที่จะเป็นผู้เสียหายและฟ้องร้องผู้กระทำผิดได้

3.2 กฎหมายควบคุมการโฆษณาสินค้าและบริการในประเทศไทย (ซึ่งรวบรวมถึง ๘ วันที่ 8 มีนาคม 2536) กฎหมายซึ่งได้บัญญัติถึงการควบคุมการโฆษณาสินค้าและบริการในประเทศไทยมีอยู่มากมายหลายฉบับ มีทั้งกฎหมายหลักทั่วไปและกฎหมายเฉพาะ ผู้เขียนได้นำมารวบรวมไว้ ณ ที่นี้ (เฉพาะกลุ่มกฎหมายที่พบเห็นเป็นประจำ) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาโดยได้วิเคราะห์ถึงบทบังคับและโทษตามกฎหมายต่าง ๆ เหล่านี้ โดยขอจำแนกกฎหมายดังกล่าวออกเป็น 4 หมวดหมู่ใหญ่ ๆ ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นๆ⁷ ดังนี้คือ

หมวดที่ 1. กลุ่มกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิผู้บริโภคและการเยียวยาชดใช้ความเสียหาย

หมวดที่ 2. กลุ่มกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์โดยตรงหรือโดยอ้อม เพื่อให้เกิดความปลอดภัย ในการบริโภคสินค้าหรือบริการ

⁷สุชม สุภนิตย์, คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค, สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พิมพ์ครั้งที่ 1 พ.ศ.2534, หน้า 31.

หมวดที่ 3. กลุ่มกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์โดยตรงหรือโดยอ้อม เพื่อให้เกิด
ความเป็นธรรมในการบริโภคสินค้าหรือบริการ

หมวดที่ 4. กลุ่มกฎหมายที่ควบคุมการเผยแพร่ข้อเท็จจริง หรือการโฆษณา
สินค้าหรือบริการ

หมวดที่ 1. กลุ่มกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิผู้บริโภคและการเยียวยาข้อพิพาท
หมวดนี้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการโฆษณาไว้ คือ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 423 "ผู้ใดกล่าวหรือโฆษณาแพร่หลายซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนต่อความจริง เป็นที่
เสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของบุคคลอื่นก็ดี หรือเป็นที่เสียหายแก่ทางทนายหาได้หรือทาง
เจริญของเขา โดยประการอื่นก็ดี ท่านว่าผู้นั้นจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่เขาเพื่อความเสียหาย
อย่างใด ๆ อันเกิดแก่การนั้นแม้ทั้งเมื่อตนมิได้รู้สึกว่าการโฆษณานั้นไม่จริง แต่หากควรจะรู้ได้"

ตัวอย่างเช่น บริษัทประกันชีวิต ก. ได้โฆษณาบริษัทตนเองว่า เป็นบริษัทไทยที่ซื่อสัตย์
ต่อลูกค้าตลอดมา แม้ช่วงระยะเวลาสงครามโลกซึ่งบริษัทประกันชีวิตต่างชาติในประเทศไทยได้
ถอนตัวจากการลงทุนกลับประเทศของตนจนหมด บริษัทประกันชีวิตไทยก็ยังคงดำเนินกิจการอยู่ใน
ขณะนั้นมิได้ล้มเลิกกิจการ ต่างกับบริษัทต่างด้าวนั้น แสดงให้เห็นโดยเปรียบเทียบว่าบริษัทตนซื่อสัตย์
แต่บริษัทต่างด้าวนั้นมิได้ซื่อสัตย์ต่อประชาชนที่เป็นลูกค้า ซึ่งในเรื่องนี้ผู้พบเห็นหรือได้ยินจะทราบได้
โดยทันทีว่า บริษัทที่ถูกโฆษณาเปรียบเทียบนั้นหมายถึงบริษัทใด ซึ่งหากเรื่องที่โฆษณาไม่เป็นความ
จริง กล่าวคือ การถอนตัวจากการลงทุนกลับประเทศนั้นมิได้เกิดจากการไม่ซื่อสัตย์ต่อลูกค้า แต่
อาจเกิดจากภาวะช่วงนั้นประเทศไทยได้เฟิกถอนใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิตของคนต่างด้าว
เป็นต้น เช่นนี้บริษัท ก. จะผิดตามมาตรา 423 หรือไม่ ผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปภายหลัง

หมวดที่ 2. กลุ่มกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์โดยตรงหรือโดยอ้อมเพื่อให้เกิดความปลอดภัย
ในการบริโภคสินค้าหรือบริการ หมวดนี้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการโฆษณาไว้ดังนี้

1. พระราชบัญญัติควบคุมการประกอบโรคศิลปะ (ฉบับที่ 9) พ.ศ.2530⁸

มาตรา 22 "ผู้ใดไม่ได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นประกอบโรคศิลปะหรือได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะแล้ว แต่อยู่ในระหว่างถูกพักหรือเพิกถอนใบอนุญาต ระยะเวลาด้วยวิธีใด ๆ แสดงว่าพร้อมที่จะกระทำการประกอบโรคศิลปะเพื่อแสวงหาประโยชน์หรือสินจ้างหรือเพื่อบำเหน็จรางวัล หรือไม่ก็ตามต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ"

หน่วยงานที่รับผิดชอบตามพระราชบัญญัตินี้ คือ กระทรวงสาธารณสุข ส่วนคณะกรรมการที่มีบทบาทในการควบคุมดูแลการปฏิบัติตามกฎหมายฉบับนี้ คือ คณะกรรมการควบคุมการประกอบโรคศิลปะ ซึ่งการฝ่าฝืนการโฆษณาตามพระราชบัญญัตินี้ มีบทลงโทษทางอาญาซึ่งจะต้องดำเนินการทางศาลเท่านั้น

2. พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ.2535⁹

มาตรา 51 "การควบคุมการโฆษณาวัตถุอันตรายให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค และเพื่อประโยชน์ในการควบคุมการโฆษณาให้ถือว่าวัตถุอันตรายที่มีการกำหนดฉลากตามมาตรา 20(1) เป็นสินค้าที่มีการควบคุมฉลากโดยคณะกรรมการควบคุมฉลากตามกฎหมายดังกล่าวโดยอนุโลม"

เดิมพระราชบัญญัตินี้คือ พระราชบัญญัติวัตถุมีพิษ พ.ศ.2510 ซึ่งมีบทบัญญัติในเรื่องโฆษณา ในมาตรา 22 ว่า ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาสรรพคุณของวัตถุมีพิษอันเป็นเท็จหรือเกินความจริง เป็นที่น่าสงสัยเกตุว่าหน่วยงานที่ดูแลในเรื่องนี้ยังคงเป็นกระทรวงเกษตร กระทรวงสาธารณสุข

⁸พระราชบัญญัติควบคุมการประกอบโรคศิลปะ (ฉบับที่ 9) พ.ศ.2530
ราชกิจจานุเบกษา 104 (2 พฤศจิกายน 2530):4-9.

⁹พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ.2535 ราชกิจจานุเบกษา 109
(6 เมษายน 2535):21-24.

กระทรวงอุตสาหกรรม แล้วแต่กรณีว่าสินค้านั้นอยู่ในความควบคุมของกระทรวงใด แต่ให้ใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคในกรณีนี้โดยอนุโลม ดังนั้นคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคโดยคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาจึงเป็นผู้ใช้อำนาจในการควบคุมการโฆษณาตามพระราชบัญญัตินี้ และในส่วนโทษที่จะลงแก่ผู้ฝ่าฝืน จึงต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งโทษจะเป็นอย่างไรนั้น จะได้กล่าวต่อไป

3. พระราชบัญญัติวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2535¹⁰

มาตรา 48 ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาเพื่อการค้าซึ่งวัตถุออกฤทธิ์ เว้นแต่

(1) การโฆษณาซึ่งกระทำโดยตรงต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ผู้ประกอบโรคศิลปะ แพทย์ปัจจุบันชั้นหนึ่งในสาขาทันตกรรม เภสัชกรรมหรือผู้ประกอบกายบําบัดโรคสัตว์ชั้นหนึ่ง

(2) เป็นฉลากหรือเอกสารกำกับวัตถุออกฤทธิ์ที่ภษณะหรือหีบห่อบรรจุวัตถุออกฤทธิ์

หน่วยงานที่รับผิดชอบตามพระราชบัญญัตินี้ คือ กระทรวงสาธารณสุข มีคณะกรรมการวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท เป็นองค์กรตามกฎหมายฉบับนี้ทำหน้าที่ในคำแนะนำความเห็นแก่รัฐมนตรีหรือแก่เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยา โดยมีสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาทำหน้าที่ดำเนินการตามความเห็นของคณะกรรมการวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท และผู้ฝ่าฝืนมาตรา 48 มีโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 104)

¹⁰พระราชบัญญัติวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2535

ราชกิจจานุเบกษา 109 (27 กุมภาพันธ์ 2535):8-13.

จะเห็นได้ว่าโทษดังกล่าว เป็นโทษทางอาญาซึ่งจะต้องดำเนินการทางศาลเท่านั้น และไม่มีบทบัญญัติให้สามารถเปรียบเทียบปรับได้*

4. พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522¹¹

มาตรา 40 "ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาคุณภาพหรือสรรพคุณของอาหารอันเป็นเท็จหรือเป็นการหลอกลวงให้เกิดความหลงเชื่อโดยไม่สมควร"

มาตรา 41 "ผู้ใดประสงค์จะโฆษณาคุณภาพหรือสรรพคุณของอาหารทางวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ทางฉายภาพ ภาพยนต์ หรือทางหนังสือพิมพ์ หรือสิ่งพิมพ์อื่น หรือด้วยวิธีอื่นใดเพื่อประโยชน์ทางการค้า ต้องนำเสียงภาพ ภาพยนต์ หรือข้อความที่จะโฆษณาดังกล่าวนั้นให้ผู้อนุญาตตรวจพิจารณา ก่อน เมื่อได้รับอนุญาตแล้วจึงจะโฆษณาได้"

หน่วยงานที่รับผิดชอบตามพระราชบัญญัตินี้ คือ กระทรวงสาธารณสุข มีคณะกรรมการอาหาร เป็นองค์กรตามกฎหมายฉบับนี้ทำหน้าที่ให้คำแนะนำความเห็นแก่รัฐมนตรีหรือแก่เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยา โดยมีสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาทำหน้าที่ดำเนินการตามคำแนะนำของคณะกรรมการอาหาร ในเรื่องนี้หน่วยงานที่ควบคุมการโฆษณา เป็นการเฉพาะคือ กองเผยแพร่และควบคุมการโฆษณา

* คดีที่เปรียบเทียบได้คือคดีความผิดลหุโทษและความผิดที่มีโทษปรับสถานเดียวอย่างสูงไม่เกินสองพันบาท หรือความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะให้เปรียบเทียบได้ การเปรียบเทียบอาจเริ่มดำเนินการโดยเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจเปรียบเทียบเองหรือโดยคำสั่งของพนักงานอัยการก็ได้ และในการเปรียบเทียบกฎหมายบัญญัติให้เจ้าพนักงานกำหนดค่าปรับซึ่งผู้ต้องหาจะพึงชำระและเมื่อผู้ต้องหาได้ชำระเงินค่าปรับตามจำนวนที่เจ้าพนักงานกำหนดภายในเวลาอันสมควร แต่ไม่เกินสิบห้าวันแล้วคดีนั้นเป็นอันเสร็จเด็ดขาด กล่าวคือ เป็นอันยุติไม่ต้องฟ้องศาล แต่ถ้าผู้ต้องหาไม่ยินยอมตามที่เปรียบเทียบ หรือเมื่อยินยอมแล้วไม่ชำระเงินค่าปรับภายในเวลาที่กำหนดจะต้องดำเนินการคดีต่อไป ค่าสิ่งเปรียบเทียบของเจ้าพนักงานเป็นกระบวนการพิจารณา จึงตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งความแน่นอนของกระบวนการพิจารณา ฉะนั้นกระบวนการพิจารณานี้จึงไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงใหม่ภายหลัง

¹¹พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 ราชกิจจานุเบกษา 96(13 พฤษภาคม 2522):1-28.

และเมื่อผู้ใดโฆษณาอาหารโดยฝ่าฝืนสาระตามมาตรา 40 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 70)

และเมื่อผู้ใดโฆษณาอาหารโดยฝ่าฝืนวิธีการโฆษณาโดยการตรวจอนุญาตก่อนตามมาตรา 41 ข้างต้น ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาทถ้วน (มาตรา 71) ซึ่งการฝ่าฝืนตามมาตรา 41 นี้ เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยา สามารถเปรียบเทียบปรับได้

อำนาจของฝ่ายบริหาร

เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยา หรือผู้ได้รับมอบหมายโดยความเห็นหรือคำแนะนำของคณะกรรมการอาหาร มีอำนาจสั่งเป็นหนังสือแก่ผู้กระทำการโฆษณา (ซึ่งหมายถึงผู้ใดก็ได้ที่กระทำการโฆษณา เช่นว่านั้น) ให้ระงับการโฆษณาที่ฝ่าฝืนมาตรา 41 หรือให้ระงับการโฆษณาที่คณะกรรมการเห็นว่าอาหารที่โฆษณาไม่มีคุณภาพประโชยชน์คุณภาพ หรือสรรพคุณตามที่โฆษณาก็ได้ (มาตรา 42)

ผลของการฝ่าฝืนคำสั่งของฝ่ายบริหาร

เมื่อฝ่ายบริหารสั่งให้ผู้กระทำการโฆษณาระงับการโฆษณานั้น ๆ แล้ว ผู้กระทำการโฆษณานั้น ๆ ฝ่าฝืนคำสั่ง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ปรับเป็นรายวันอีกวันละไม่น้อยกว่าห้าร้อยบาทแต่ไม่เกินหนึ่งพันบาท ตลอดเวลาที่ฝ่าฝืนปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว (มาตรา 72) ซึ่งโทษในชั้นนี้จะต้องฟ้องศาลเท่านั้น

ควรสังเกตว่า หากฝ่ายบริหารไม่สั่งการให้ระงับโฆษณา โดยฝ่ายบริหารจะใช้สิทธิดำเนินการทางศาลนั้น โทษจะเป็นไปตามมาตรา 70 และ 71 (แต่เฉพาะมาตรา 71 สามารถเปรียบเทียบปรับได้)

แต่หากฝ่ายบริหารสั่งการให้ระงับโฆษณาแล้ว ผู้กระทำการโฆษณาฝ่าฝืนคำสั่ง และฝ่ายบริหารฟ้องศาลโทษจะเป็นไปตามมาตรา 72

5. พระราชบัญญัติยา (แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2530)¹²

มาตรา 88 "การโฆษณา จะต้อง

- (1) ไม่เป็นการโอ้อวดสรรพคุณยาหรือวัตถุอันเป็นส่วนประกอบของยาว่าสามารถบำบัด บรรเทา รักษา หรือป้องกันโรคหรือความเจ็บป่วยได้อย่างศักดิ์สิทธิ์หรือหายขาด หรือใช้ถ้อยคำอื่นใดที่มีความหมายทวนองเดียวกัน
- (2) ไม่แสดงคุณภาพยาอันเป็นเท็จหรือเกินความจริง
- (3) ไม่ทำให้เข้าใจว่ามีวัตถุเป็นตัวยาหรือเป็นส่วนประกอบของยา ซึ่งความจริงไม่มี วัตถุหรือส่วนประกอบนั้นในยา หรือมีแต่ไม่เท่าที่ ทำให้เข้าใจ
- (4) ไม่ทำให้เข้าใจว่าเป็นยาที่ให้แก่ทารกหรือยาสำหรับเด็กอย่างแรง
- (5) ไม่ทำให้เข้าใจว่าเป็นยาบำรุงกามหรือยาคุมกำเนิด
- (6) ไม่แสดงสรรพคุณยาอันตรายหรือยาควบคุมพิเศษ
- (7) ไม่มีการรับรองหรือยกย่องสรรพคุณยาโดยบุคคลอื่น
- (8) ไม่แสดงสรรพคุณยาว่าสามารถบำบัด บรรเทา รักษาหรือป้องกันโรคเบาหวาน มะเร็ง อัมพาต วัณโรค โรคเรื้อน โรคหรืออาการของโรคของสมอง หัวใจ ปอด ตับ ม้าม ไต

ความใน (5) และ (6) ไม่ใช้บังคับแก่ข้อความในฉลากหรือเอกสารกำกับยา และความใน (1) (4) (5) (6) (7) และ (8) ไม่ใช้บังคับแก่การโฆษณาซึ่งกระทำโดยตรงต่อผู้ประกอบโรคศิลปะหรือผู้ประกอบการบำบัดโรคสัตว์"

¹²พระราชบัญญัติยา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2530 ราชกิจจานุเบกษา 104

มาตรา 88 ทวิ "การโฆษณาขายยาทางวิทยุกระจายเสียง เครื่องขยายเสียง วิทยุ โทรทัศน์ทางฉายภาพหรือภาพยนตร์ หรือทางสิ่งพิมพ์ จะต้อง

- (1) ได้รับความยินยอมหรือภาพที่ใช้ในการโฆษณาจากผู้อนุญาต
- (2) ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ผู้อนุญาตกำหนด"

มาตรา 89 "ห้ามมิให้โฆษณาขายยาโดยไม่สุภาพ หรือโดยการร้องรำทำเพลง หรือ แสดงความทุกข์ทรมานของผู้ป่วย"

หน่วยงานที่รับผิดชอบตามพระราชบัญญัตินี้ คือ กระทรวงสาธารณสุข มีคณะกรรมการยา เป็นองค์กรตามกฎหมายฉบับนี้ทำหน้าที่ให้คำแนะนำความเห็นแก่รัฐมนตรีหรือแก่เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยา โดยมีสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาทำหน้าที่ดำเนินการตามคำแนะนำของคณะกรรมการยา หน่วยงานที่ควบคุมการโฆษณาเป็นการเฉพาะคือ กองเผยแพร่และควบคุมการโฆษณา

มาตรา 90 "ห้ามมิให้โฆษณาขายยาโดยวิธีแถมพหหรือออกสลาก"

อำนาจของฝ่ายบริหาร

เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยามีอำนาจสั่งเป็นหนังสือ ระงับการโฆษณาขายยา ที่เห็นว่าเป็นการโฆษณาโดยฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้ได้ (มาตรา 90 ทวิ)

ผลของการฝ่าฝืนคำสั่งของฝ่ายบริหาร

เมื่อผู้ใดโฆษณาขายยาโดยฝ่าฝืนมาตรา 88 มาตรา 88 ทวิ มาตรา 89 และ มาตรา 90 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท (มาตรา 124) ซึ่งโทษตามมาตรานี้ เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยาหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายมีอำนาจเปรียบเทียบปรับได้ (มาตรา 126 ทวิ)

และเมื่อผู้ใดฝ่าฝืนคำสั่งให้ระงับการโฆษณาขายยาของเลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยา ซึ่งสั่งตามมาตรา 90 ทวิ ข้างต้น (พึงสังเกตว่ามาตรา 90 ทวิ นี้เป็นอำนาจที่สั่งผู้กระทำการโฆษณาที่โฆษณาฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้มีจำกัดเพียงผู้รับอนุญาตเท่านั้น) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินห้าพันบาทและให้ปรับเป็นรายวันอีกวันละห้าร้อยบาท จนกว่าจะปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว (มาตรา 124 ทวิ) ซึ่งโทษในชั้นนี้จะต้องฟ้องศาลเท่านั้น

ควรสังเกตว่า หากฝ่ายบริหารไม่สั่งการให้ระงับโฆษณา แต่จะใช้สิทธิดำเนินการทางศาลโทษจะเป็นไปตามมาตรา 124 ซึ่งฝ่ายบริหารสามารถเปรียบเทียบปรับได้

แต่หากฝ่ายบริหารสั่งการให้ระงับการโฆษณาแล้ว ผู้กระทำการโฆษณาฝ่าฝืนคำสั่ง และฝ่ายบริหารฟ้องศาลแล้ว (อาจจะเป็นไปตามมาตรา 124 ทวิ)

6. พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535¹³

มาตรา 37 "ให้ห้ามทบทวนมติของกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านการโฆษณามาใช้บังคับแก่การโฆษณา เครื่องสำอางโดยอนุโลม โดยให้ถือว่าอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรี และให้ถือว่าอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเป็นอำนาจของคณะกรรมการ"

หน่วยงานที่รับผิดชอบตามพระราชบัญญัตินี้ คือ กระทรวงสาธารณสุข ส่วนการควบคุมดูแลการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ในเรื่องโฆษณา คือ เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยา หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย โดยมีคณะกรรมการเครื่องสำอาง ซึ่งได้แต่งตั้งคณะกรรมการฉลากและโฆษณาเครื่องสำอาง ทำหน้าที่ให้คำแนะนำในการควบคุมการโฆษณา

เดิมพระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติไว้ในเรื่องโฆษณาดังนี้คือ "มาตรา 32 ห้ามมิให้ผู้จัดโฆษณาคุณภาพของเครื่องสำอางอันเป็นเท็จ หรือเกินความจริงอันอาจทำให้ผู้อื่นหลงเชื่อ หรือสำคัญผิดในคุณภาพของเครื่องสำอางนั้น"

¹³พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 ราชกิจจานุเบกษา 109 (8 เมษายน 2535):59-76.

เป็นที่น่าสังเกตว่าหน่วยงานที่ดูแลในเรื่องนี้ยังคงเป็นคณะกรรมการว่าด้วยเครื่องสำอาง อยู่ เพียงแต่กฎหมายบัญญัติให้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ในส่วนที่เกี่ยวกับการ โฆษณามาใช้โดยอนุโลมเท่านั้น และโทษที่ใช้บังคับจึงเป็นโทษที่กำหนดตามพระราชบัญญัติคุ้มครอง ผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ด้วย ซึ่งจะเป็นเช่นใดจะได้อีกกล่าวต่อไป

7. พระราชบัญญัติมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2535¹⁴

มาตรา 36 "ห้ามมิให้ผู้โฆษณา จําหน่าย หรือมิไว้เพื่อจําหน่ายซึ่งผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม โดยรู้หรือยังไม่เป็นไปตาม มาตรา 16, มาตรา 20, มาตรา 21, มาตรา 29 หรือมาตรา 33 วรรคหนึ่ง หรือวรรคสอง หรือโดยรู้หรือว่าเป็นผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมที่ใช้หรือแสดงเครื่องหมาย มาตรฐานอันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 31 มาตรา 32 หรือมาตรา 35

หน่วยงานที่รับผิดชอบตามพระราชบัญญัตินี้ คือ กระทรวงอุตสาหกรรม ส่วนการควบคุม ดูแลการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ในเรื่องการโฆษณาคือ เลขาธิการสำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์ อุตสาหกรรม

มาตรา 55 ใดระวางโทษอาญาแก่ผู้ฝ่าฝืน มาตรา 36 โดยระวางโทษจำคุกไม่เกิน หนึ่งเดือน ปรับไม่เกิน ห้าพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

น่าสังเกตว่า ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจสั่งให้ระงับข้อความโฆษณา และแม้ว่าการฝ่าฝืน โฆษณาข้างต้น จะมีโทษตามมาตรา 55 ซึ่งมีโทษจำคุกรวมอยู่ด้วยแต่พระราชบัญญัตินี้ ให้อำนาจ เลขาธิการสำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์ หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายมีอำนาจเปรียบเทียบปรับได้ (มาตรา 57 ตร.)

8. พระราชบัญญัติควบคุมคุณภาพอาหารสัตว์ พ.ศ. 2506¹⁵

¹⁴พระราชบัญญัติมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2535
ราชกิจจานุเบกษา 109(9 เมษายน 2535):14-16.

¹⁵พระราชบัญญัติควบคุมคุณภาพอาหารสัตว์ พ.ศ. 2525 ราชกิจจานุเบกษา 111
(11 สิงหาคม 2526):25.

มาตรา 45 ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาคุณภาพของอาหารสัตว์อันเป็นเท็จซึ่งอาจทำให้ผู้อื่นหลงเชื่อหรือสำคัญผิด ในคุณภาพของอาหารสัตว์นั้น

หน่วยงานที่รับผิดชอบตามพระราชบัญญัตินี้ คือ กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ส่วนการควบคุมการดูแลการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ในเรื่องโฆษณา คือ อธิบดีกรมปศุสัตว์หรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมาย โดยคณะกรรมการควบคุมคุณภาพอาหารสัตว์ทำหน้าที่ให้คำแนะนำความเห็น

มาตรา 68 ผู้ใดโฆษณาคุณภาพของอาหารสัตว์โดยฝ่าฝืนมาตรา 45 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

และโทษในการฝ่าฝืนโฆษณาตามพระราชบัญญัตินี้จะต้องฟ้องศาลเท่านั้น

9. พระราชบัญญัติปฎี พ.ศ. 2518¹⁶

มาตรา 43 ผู้โฆษณาขายปุ๋ยเคมีจะต้อง

- (1) ไม่แสดงสรรพคุณเคมีเป็นเท็จ หรือเกินความจริง
- (2) ไม่ทำให้เข้าใจว่ามีวัตถุเป็นปุ๋ยเคมีหรือเป็นส่วนประกอบของปุ๋ยเคมี ซึ่งความจริงไม่มีวัตถุ หรือส่วนประกอบนั้นในปุ๋ยเคมีหรือมีแต่ไม่เท่าที่ ทำให้เข้าใจ
- (3) ไม่มีการรับรองหรือยกย่องสรรพคุณเคมีบุคคลอื่น

หน่วยงานที่รับผิดชอบตามพระราชบัญญัตินี้ คือ กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ส่วนการควบคุมดูแลการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ในเรื่องโฆษณา คือ รัฐมนตรี และผู้ซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งให้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ และคณะกรรมการปุ๋ยทำหน้าที่ให้คำแนะนำ

¹⁶พระราชบัญญัติปฎี พ.ศ. 2518 ราชกิจจานุเบกษา 92(9 มกราคม 2518):29

มาตรา 69 ได้กำหนดโทษอาญาแก่ผู้ฝ่าฝืนมาตรา 43 โดยระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

และโทษของการฝ่าฝืนการโฆษณาตามมาตรา 43 นั้น จะต้องฟ้องศาลเท่านั้น ตามมาตรา 69 และฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจในการสั่งให้ระงับการโฆษณา

10. พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2531¹⁷

มาตรา 41 "ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาคุณสมบัติ ประสิทธิภาพ ปริมาณ มาตรฐานหรือแหล่งกำเนิดของเครื่องมือแพทย์ อันเป็นเท็จ หรือเป็นการหลอกลวง"

มาตรา 42 "การโฆษณา เครื่องมือแพทย์เพื่อประโยชน์ทางการค้าต้องได้รับความเห็นชอบในข้อความ เสียง หรือภาพที่จะใช้โฆษณา จากผู้อนุญาตและต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ผู้อนุญาตกำหนด"

มาตรา 43 "ผู้อนุญาตมีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้ระงับการโฆษณาเครื่องมือแพทย์ที่เห็นว่าเป็นการโฆษณาโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ได้"

หน่วยงานที่รับผิดชอบตามพระราชบัญญัตินี้ คือ กระทรวงสาธารณสุข ส่วนการควบคุมดูแลการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ในเรื่องโฆษณา คือ เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยา หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย และ คณะกรรมการเครื่องมือแพทย์ทำหน้าที่ให้คำแนะนำความเห็น

มาตรา 77 "ผู้ใดโฆษณาเครื่องมือแพทย์โดยฝ่าฝืนมาตรา 41 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินสองหมื่นห้าพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

มาตรา 78 "ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 42 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท"

¹⁷พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ.2531 ราชกิจจานุเบกษา 105

มาตรา 79 "ผู้ใดฝ่าฝืนคำสั่งของผู้อนุญาตซึ่งสั่งตามมาตรา 43 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และปรับเป็นรายวันอีกวันละหนึ่งพันบาท จนกว่าจะปฏิบัติให้ถูกต้อง"

ควรสังเกตว่า หากฝ่ายบริหารไม่สั่งการให้ระงับการโฆษณา โดยฝ่ายบริหารจะใช้สิทธิดำเนินการทางศาล โทษจะเป็นไปตามมาตรา 77 หรือ 78 แล้วแต่กรณี ซึ่งหากเป็นโทษตามมาตรา 78 ฝ่ายบริหารโดยเลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยา หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายมีอำนาจเปรียบเทียบปรับได้

ผลของการฝ่าฝืนคำสั่งของฝ่ายบริหาร

แต่หากฝ่ายบริหารสั่งการให้ระงับโฆษณาแล้ว ผู้กระทำการฝ่าฝืนคำสั่ง และฝ่ายบริหารฟ้องศาล โทษจะเป็นไปตาม มาตรา 79

11. พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535¹⁸

มาตรา 3 "ในพระราชบัญญัตินี้

...

โฆษณา หมายความว่า การกระทำไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ให้ประชาชนเห็นได้ยิน หรือทราบข้อความเพื่อประโยชน์ในทางการค้า

มาตรา 8 ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบหรือแสดงชื่อ หรือเครื่องหมายของผลิตภัณฑ์ยาสูบในสิ่งพิมพ์ ทางวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ หรือสิ่งอื่นใดที่ใช้เป็นการโฆษณาได้ หรือใช้ชื่อ หรือเครื่องหมายของผลิตภัณฑ์ยาสูบในการแสดง การแข่งขัน การให้บริการ หรือการประกอบกิจกรรมอื่นใดที่มีวัตถุประสงค์ให้สาธารณชนเข้าใจว่าเป็นชื่อ หรือเครื่องหมายของผลิตภัณฑ์ยาสูบ

¹⁸พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 ราชกิจจานุเบกษา 109 (5 เมษายน 2535):4-8.

บทบัญญัติในวรรคหนึ่ง มิให้ขัดแย้งกับการถ่ายทอดสตรายการจากต่างประเทศทางวิทยุ โทรทัศน์ และการโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบในสิ่งพิมพ์ซึ่งจัดพิมพ์นอกราชอาณาจักรโดยมิได้มีวัตถุประสงค์ ให้นำเข้ามาจำหน่ายแก่คนราชอาณาจักรโดยเฉพาะ

มาตรา 9 ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาสินค้าที่ชื่อหรือเครื่องหมายของผลิตภัณฑ์ยาสูบเป็น เครื่องหมายของสินค้านั้นในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าหมายถึงผลิตภัณฑ์ยาสูบ

หน่วยงานที่รับผิดชอบตามพระราชบัญญัตินี้ คือ กระทรวงสาธารณสุข ส่วนการควบคุม การปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ คือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข และเจ้าหน้าที่ควบคุม การบริโภคยาสูบตามประกาศกระทรวงสาธารณสุข

มาตรา 10 ห้ามมิให้ผู้ใดผลิต นำเข้าเพื่อขาย หรือเพื่อจำหน่ายเป็นการทั่วไป หรือ โฆษณาสินค้าอื่นใดที่มีรูปลักษณะ ทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นสิ่งเลียนแบบผลิตภัณฑ์ยาสูบ ประเภท บุหรี่ซิการ์เรต หรือบุหรี่ยีการ์ ตามกฎหมายว่าด้วยยาสูบ หรือหีบห่อผลิตภัณฑ์ดังกล่าว

มาตรา 18 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา ... 9 หรือ 10 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

มาตรา 19 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 8 วรรคหนึ่ง ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองแสนบาท

มาตรา 24 ในกรณีที่ฝ่าฝืนมาตรา ... 8 วรรคหนึ่ง มาตรา 9 มาตรา 10 ... เป็นผู้ผลิตหรือนำเข้า ผู้ฝ่าฝืนต้องระวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น

และการฝ่าฝืนการโฆษณาตามพระราชบัญญัตินี้ มีบทลงโทษทางอาญาซึ่งจะต้องดำเนินการ ทางศาลเท่านั้น โดยไม่มีบทเปรียบเทียบปรับ

12. ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 271 "ผู้ใดขายของโดยหลอกลวงด้วยประการใด ๆ ให้ผู้ซื้อหลงเชื่อโดย แห่่งก่าเน็ด สภาพ คุณภาพ หรือปริมาณแห่งของนั้นอันเป็นเท็จ ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิด ฐานฉ้อโกง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

ซึ่งผู้ฝ่าฝืนมีโทษตามมาตราดังกล่าวข้างต้น และเป็นความผิดที่เป็นอาญาแผ่นดิน*

หมวดที่ 3. กลุ่มกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์โดยตรงหรือโดยอ้อม เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม ในการบริโภคสินค้าหรือบริการ หมวดนี้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการโฆษณาไว้ดังนี้

1. พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ.2535¹⁹

มาตรา 33 "ห้ามมิให้บริษัทโฆษณาการจูงใจอันเป็นเท็จ หรือเกินความจริงเกี่ยวกับบริษัท หรือธุรกิจประกันชีวิตของบริษัท"

หน่วยงานที่รับผิดชอบตามพระราชบัญญัตินี้ คือ กระทรวงพาณิชย์ ส่วนการควบคุมดูแล การปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ในเรื่องโฆษณา คือ รัฐมนตรี และอธิบดีกรมการประกันภัย หรือ ผู้ซึ่งอธิบดีกรมการประกันภัยมอบหมาย

มาตรา 93 "ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 33 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าแสนบาท..."

การฝ่าฝืนบทบัญญัติในเรื่องการโฆษณานี้โทษอาญาที่จะลง คณะกรรมการซึ่งรัฐมนตรี กระทรวงพาณิชย์แต่งตั้งมีอำนาจเปรียบเทียบปรับได้ (มาตรา 117)

น่าสังเกตว่าฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจสั่งให้ระงับการโฆษณา ที่ฝ่าฝืนมาตรา 33

2. พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ.2535²⁰

* ความผิดที่เป็นอาญาแผ่นดินหมายถึง ความผิดอันยอมความไม่ได้จะมีลักษณะ คือ แม้ว่า ผู้เสียหายจะได้รับการชดเชยค่าเสียหายจนเป็นที่พอใจแล้ว และไม่ประสงค์จะดำเนินคดีอาญาแก่ผู้กระทำผิดก็ตาม เจ้าพนักงานก็ยังสามารถดำเนินฟ้องร้องผู้กระทำผิดต่อศาลขอให้ลงโทษผู้กระทำผิดได้

¹⁹พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ.2535 ราชกิจจานุเบกษา 109 (10 เมษายน 2535):1-32.

²⁰พระราชบัญญัติวินาศภัย พ.ศ.2535 ราชกิจจานุเบกษา 109 (10 เมษายน 2535):36-65.

มาตรา 31 ห้ามมิให้บริษัทโฆษณาจูงใจอันเป็นเท็จ หรือเกินความจริง เกี่ยวกับบริษัท หรือธุรกิจประกันวินาศภัยของบริษัท

มาตรา 88 ได้กำหนดโทษอาญาแก่ผู้ฝ่าฝืน มาตรา 31 โดยระวางโทษปรับไม่เกินห้าแสนบาท...

ในส่วนของหน่วยงานที่รับผิดชอบนั้นจะเป็นหน่วยงานเดียวกันกับการบังคับตามพระราชบัญญัติประกันชีวิต

และความผิดในเรื่องการฝ่าฝืนบทบัญญัติในเรื่องโฆษณาที่ระวางโทษอาญาที่จะลงนั้น คณะกรรมการซึ่งรัฐมนตรีมอบหมายมีอำนาจเปรียบเทียบปรับได้เช่นเดียวกับ พระราชบัญญัติประกันชีวิต (มาตรา 111) และฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจสั่งให้ระงับการโฆษณาเช่นเดียวกับ พรบ.ประกันชีวิต

3. พระราชบัญญัติโรงเรียนเอกชน พ.ศ. 2525²¹

มาตรา 58 ห้ามผู้รับใบอนุญาตโฆษณาหรือยอมให้ผู้อื่นโฆษณาด้วยประการใด ซึ่งกิจการของโรงเรียนในลักษณะโอ้อวดเกินความจริง หรือในลักษณะที่แสดงว่าโรงเรียนของตนเป็นตัวแทนหรือสาขาของสถาบันหรือสถานศึกษาในต่างประเทศอื่นอันเป็นเท็จ

หน่วยงานที่รับผิดชอบตามพระราชบัญญัตินี้ คือ กระทรวงศึกษาธิการ ส่วนการควบคุมการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ คือ เลขาธิการคณะกรรมการศึกษาเอกชน หรือผู้ว่าราชการจังหวัดสำหรับจังหวัดอื่น ๆ

มาตรา 113 ผู้รับใบอนุญาตผู้ใดฝ่าฝืน มาตรา 58 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท บทลงโทษตามมาตรานี้ เลขาธิการหรือผู้ว่าราชการจังหวัดสามารถเปรียบเทียบปรับได้ (มาตรา 121)

²¹พระราชบัญญัติโรงเรียนเอกชน พ.ศ. 2525 ราชกิจจานุเบกษา 99 (19 สิงหาคม 2525):1-47. .

หมวดที่ 4. กลุ่มกฎหมายที่ควบคุมการเผยแพร่ข้อเท็จจริง หรือการโฆษณาสินค้าหรือบริการ หมวดนี้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการโฆษณาไว้ ดังนี้

1. ระเบียบว่าด้วยวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ. 2535²²
2. พระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530²³

หน่วยงานที่รับผิดชอบตามระเบียบและพระราชบัญญัติข้างต้น คือ สำนักนายกรัฐมนตรี ส่วนการควบคุมการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ คือ นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบจากคณะกรรมการ และในส่วนของระเบียบดังกล่าว อธิบดีกรมประชาสัมพันธ์เป็นกรรมการในคณะกรรมการกิจการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ซึ่งเป็นผู้ปฏิบัติการตามระเบียบนี้

ระเบียบฉบับดังกล่าวนี้มีผลบังคับกับสถานีเท่านั้น และหากสถานีฝ่าฝืนตามระเบียบฉบับนี้ให้คณะกรรมการกิจการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ (กทช.) มีอำนาจตามข้อ 35 คือ

- (1) ออกคำสั่งให้สถานีชี้แจงเป็นลายลักษณ์อักษร
- (2) ตักเตือนเป็นลายลักษณ์อักษร
- (3) มีคำสั่งระงับการออกอากาศรายการที่ฝ่าฝืน
- (4) เพิกถอนการอนุญาตหรือการรับรองที่ได้ออกให้ตามระเบียบนี้
- (5) มีคำสั่งให้ปิดสถานี

²²ประกาศโดยคำสั่งนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ 3 กันยายน 2535

²³พระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2530

ซึ่งคำสั่งของคณะกรรมการ กกช. ตามข้อ 35(4)หรือ(5) สถาบันมีสิทธิยื่นอุทธรณ์ต่อ นายกรัฐมนตรีได้ภายในสามสิบวัน นับจากวันรับแจ้งคำสั่ง เป็นหนังสือจาก กกช. ซึ่งคำวินิจฉัยของ รัฐมนตรีให้เป็นที่สุด (ข้อ 36)

และโทษที่ลงตามระเบียบนี้จะ เป็นโทษของฝ่ายบริหารที่ลงแก่สถานี่เท่านั้น ไม่มีโทษทาง อาญาด้วย

พระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ คือ

มาตรา 25 ให้นายกรัฐมนตรีรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจแต่งตั้ง เจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาตและนายทะเบียน และออกกฎกระทรวงกำหนด

. . . .

(2) เงื่อนไขการดำเนินการบริการส่งวิทยุกระจายเสียงและบริการส่งวิทยุโทรทัศน์ของ ผู้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ในเรื่องดังต่อไปนี้

. . . .

(จ) กำหนดหลักเกณฑ์ในการดำเนินการและการควบคุมการโฆษณาและบริการ
ธุรกิจ

ผู้ใดฝ่าฝืนตามมาตรา 25(2) นี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่ง แสนบาท... แต่กฏกระทรวงตามมาตรา 25 (2) นี้ยังไม่ออก จึงยังไม่มีเกณฑ์ในการกำหนด ความผิดสำหรับผู้ฝ่าฝืนตามพระราชบัญญัตินี้

3. พระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2488²⁴

มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

²⁴พระราชบัญญัติการพิมพ์ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2488 ราชกิจจานุเบกษา 62 (23 มกราคม 2488):4.

"ผู้โฆษณา" หมายความว่า บุคคลซึ่งรับผิดชอบในการผลิตสิ่งพิมพ์ และจัดให้สิ่งพิมพ์นั้น แพร่หลายด้วยประการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นการขาย เสนอขาย แจกแจก หรือเสนอแจก และ ไม่ว่าจะการนั้นจะเป็นการให้เปล่าหรือไม่

ดังจะเห็นได้ว่าความหมายของคำว่าผู้โฆษณาข้างต้น ต่างกันกับความหมายของคำว่า ผู้โฆษณา ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ เนื่องจากในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้โฆษณามีความหมายถึง เจ้าของสินค้า พ่อค้าขายปลีกหรือพ่อค้าขายส่ง เป็นต้น ทำการโฆษณา หาได้หมายความว่าถึงในเชิงเจ้าของสิ่งพิมพ์ ไม่ ดังนั้นพระราชบัญญัตินี้จึงไม่เกี่ยวข้องกับวิทยานิพนธ์เล่มนี้ จึงไม่ขอยกขึ้นกล่าวอีกต่อไป แต่หากผู้โฆษณาตามพระราชบัญญัตินี้ ทำผิดกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมการโฆษณา จะต้องพิจารณากฎหมายทั่วไปที่ควบคุมการโฆษณาอยู่

ตัวอย่างเช่น บริษัทบางกอกโพสต์ จำกัด โฆษณาว่าให้ส่งภาพมาชิงรางวัล จะต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งจะต้องเป็นไปตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 3 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 5) ออกตามความใน พระราชบัญญัติ ดังกล่าว เป็นต้น

4. พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2479²⁵ (แก้ไข พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473)

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

"ประกาศ" หมายความว่า สิ่งที่น่าออกโฆษณา ไม่ว่าจะมัลักษณะเป็นภาพหรือรูปถ่าย หรือตัวหนังสือ และให้หมายความตลอดถึงการนำสิ่งนั้น ๆ จากโฆษณาด้วย

มาตรา 5 ภายในบังคับมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัตินี้ นอกจากที่ได้รับใบอนุญาตก่อนแล้ว ท่านห้ามมิให้

²⁵พระราชบัญญัติภาพยนตร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479 ราชกิจจานุเบกษา 53 (22 พฤศจิกายน 2479):670.

(3) ประกาศด้วยภาพหรือรูปถ่ายแสดงเรื่องภาพยนตร์ หรืออื่น ๆ อันอยู่ในวงการของการจัดฉายภาพยนตร์นั้น โดยหรือตีตประกาศนั้น ๆ ไว้ในที่เปิดเผย หรือแจก หรือเสนอแจก หรือสาแดงด้วยวิธีใด ๆ ก็ตาม

หน่วยงานที่รับผิดชอบตามพระราชบัญญัตินี้ คือ กระทรวงมหาดไทย ส่วนการควบคุมการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ คือ เจ้าพนักงานกรมตำรวจและบุคคลอื่นใดซึ่งอธิบดีกรมตำรวจเห็นสมควรแต่งตั้ง

ซึ่งการโฆษณาโดยฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้ (ไม่ได้รับอนุญาต) มีโทษทางอาญาคือระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท (มาตรา 20)

และโทษดังกล่าวเป็นโทษที่จะต้องฟ้องศาลเท่านั้น

5. พระราชบัญญัติควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง พ.ศ. 2493²⁶

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัติ คำว่า "โฆษณา" หมายความว่า การบอกกล่าวแจ้งความ ชี้แจง แนะนำ หรือแสดงความคิดเห็นแก่ประชาชน

มาตรา 4 ผู้ที่จะทำการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียงด้วยกำลังไฟฟ้า จะต้องขอรับอนุญาตต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก่อน เมื่อได้รับอนุญาตแล้วจึงทำการโฆษณาได้

หน่วยงานที่รับผิดชอบตามพระราชบัญญัตินี้ คือ กระทรวงมหาดไทย ส่วนการควบคุมการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ คือ พนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจท้องที่

ผู้ใดฝ่าฝืนมีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองร้อยบาท และให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจสั่งเพิกถอนใบอนุญาตได้ด้วย หรือระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินห้า

²⁶พระราชบัญญัติควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง พ.ศ. 2493, ราชกิจจานุเบกษา 8(7 กุมภาพันธ์ 2493):178.

รื้อยบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้พนักงาน, เจ้าหน้าที่ซึ่งเพิกถอนใบอนุญาตได้ด้วย แล้วแต่กรณี (มาตรา 9)

และโทษดังกล่าวเป็นโทษที่จะต้องฟ้องศาลเท่านั้น

6. พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัตินี้ได้กล่าวถึงการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณาไว้ดังนี้ คือ

มาตรา 22 การโฆษณาจะต้องไม่ใช้ข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม ทั้งนี้ไม่ว่าข้อความดังกล่าวนั้นจะเป็นข้อความที่เกี่ยวกับแหล่งกำเนิด สภาพคุณภาพ หรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหาหรือการใช้สินค้าหรือบริการ

ข้อความดังต่อไปนี้ ถือว่าเป็นข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือเป็นข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม

(1) ข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง

(2) ข้อความที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าจะกระทำโดยใช้หรืออ้างอิงรายงานทางวิชาการสถิติ หรือสิ่งใดสิ่งหนึ่งอันไม่เป็นความจริงหรือเกินความจริงหรือไม่ก็ตาม

(3) ข้อความที่เป็นการสนับสนุนโดยตรงหรือโดยอ้อมให้มีการกระทำผิดกฎหมาย หรือศีลธรรม หรือนำไปสู่ความเสื่อมเสียในวัฒนธรรมของชาติ

(4) ข้อความที่จะทำให้เกิดความแตกแยกหรือเสื่อมเสียความสามัคคีในหมู่ประชาชน

(5) ข้อความอย่างอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง



ข้อความที่ใช้ในการโฆษณาที่บุคคลทั่วไปสามารถรู้ได้ว่าเป็นข้อความที่ไม่อาจเป็นความจริงได้โดยแน่แท้ ไม่เป็นข้อความที่ต้องห้ามในการโฆษณาตาม (1)

มาตรา 23 การโฆษณาจะต้องไม่กระทำด้วยวิธีการอันอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพร่างกาย หรือจิตใจ หรืออันอาจก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้บริโภค ทั้งนี้ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา 24 ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าสินค้าใดอาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภคและคณะกรรมการว่าด้วยฉลากได้กำหนดให้สินค้านั้นเป็นสินค้าที่ควบคุมฉลากตามมาตรา 30 ให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจออกคำสั่งดังต่อไปนี้

(1) กำหนดให้การโฆษณานั้นต้องกระทำไปพร้อมกับคำแนะนำหรือคำเตือนเกี่ยวกับวิธีใช้หรืออันตราย ตามเงื่อนไขที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณากำหนด ทั้งนี้โดยคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาจะกำหนดเงื่อนไขให้แตกต่างกันสำหรับการโฆษณาที่ใช้สื่อโฆษณาต่างกันได้

(2) จำกัดการใช้สื่อโฆษณาสำหรับสินค้านั้น

(3) ห้ามการโฆษณาสินค้านั้น

ความใน (2) และ (3) ให้นำมาใช้บังคับแก่การโฆษณาที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าการใช้หรือประโยชน์ของสินค้านั้นขัดต่อนโยบายทางสังคม ศีลธรรม หรือวัฒนธรรมของชาติด้วย

มาตรา 25 ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าสินค้าหรือบริการใดของผู้บริโภคจำเป็นต้องทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพฐานะ และรายละเอียดอย่างอื่นเกี่ยวกับผู้ประกอบการด้วย คณะกรรมการการโฆษณามีอำนาจกำหนดให้การโฆษณาสินค้าหรือบริการนั้นต้องให้ข้อเท็จจริงดังกล่าวตามที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณากำหนดไว้

มาตรา 26 ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าข้อความในการโฆษณาโดยทางสื่อโฆษณาใด สมควรแจ้งให้ผู้บริโภคทราบว่าข้อความนั้นเป็นข้อความที่มีความมุ่งหมายเพื่อการ

โฆษณา คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจกำหนดให้การโฆษณาโดยทางสื่อโฆษณานั้นต้องมี ถ้อยคำที่แจ่มก่ากับให้ประชาชนทราบว่าข้อความดังกล่าวเป็นการโฆษณาได้ ทั้งนี้คณะกรรมการว่า ด้วยการโฆษณาจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดให้ต้องปฏิบัติด้วยก็ได้

มาตรา 27 ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าการโฆษณาใดฝ่าฝืนมาตรา 22 มาตรา 23 มาตรา 24(1) หรือมาตรา 25 ให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจออก คำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างดังต่อไปนี้

- (1) ให้แก้ไขข้อความหรือวิธีการในการโฆษณา
- (2) ห้ามการใช้ข้อความบางอย่างที่ปรากฏในการโฆษณา
- (3) ห้ามการโฆษณาหรือห้ามใช้วิธีการนั้นในการโฆษณา
- (4) ให้โฆษณาเพื่อแก้ไขความเข้าใจผิดของผู้บริโภคที่อาจเกิดขึ้นแล้วตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณากำหนด

ในการออกคำสั่งตาม (4) ให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา กำหนดหลักเกณฑ์และ วิธีการ โดยคำนึงถึงประโยชน์ของผู้บริโภคประกอบกับความสุจริตใจในการกระทำของผู้กระทำการโฆษณา

มาตรา 28 ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีเหตุอันควรสงสัยว่า ข้อความใด ที่ใช้ในการโฆษณาเป็นเท็จหรือเกินความจริงตามมาตรา 22 วรรคสอง (1) ให้คณะกรรมการว่า ด้วยการโฆษณามีอำนาจออกคำสั่งให้ผู้กระทำการโฆษณาพิสูจน์ เพื่อแสดงความจริงได้

ในกรณีที่ผู้กระทำการโฆษณาอ้างรายงานทางวิชาการ ผลการวิจัยสถิติ การรับรองของ สถาบันหรือบุคคลอื่นใด หรือยืนยันข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งในการโฆษณา ถ้าผู้กระทำการโฆษณาไม่ สามารถพิสูจน์ได้ว่าข้อความที่ใช้ในการโฆษณาเป็นความจริงตามที่กล่าวอ้าง ให้คณะกรรมการว่า ด้วยการโฆษณามีอำนาจออกคำสั่งตามมาตรา 27 ได้ และให้ถือว่าผู้กระทำการโฆษณาู้หรือควร ใ้รู้ว่าข้อความนั้นเป็นความจริง

มาตรา 29 ผู้ประกอบธุรกิจผู้ใดสงสัยว่าการโฆษณาของตนจะเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ ผู้ประกอบธุรกิจผู้นั้นอาจขอให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาพิจารณาให้ความเห็นในเรื่องนั้นก่อนทำการโฆษณาได้ ในกรณีนี้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาจะต้องให้ความเห็นและแจ้งให้ผู้ขอทราบภายในสามสิบวันนับแต่วันที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาได้รับคำขอ ถ้าไม่แจ้งภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าวให้ถือว่าคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาให้ความเห็นชอบแล้ว

การขอความเห็นและคำบ่งชี้ในการให้ความเห็นให้เป็นไปตามระเบียบที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณากำหนด คำบ่งชี้ที่ได้รับให้นำส่งคลังเป็นรายได้แผ่นดิน

การให้ความเห็นของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาตามวรรคหนึ่ง ไม่ถือว่าเป็นการตัดอำนาจของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาที่จะพิจารณาวินิจฉัยใหม่เป็นอย่างอื่น เมื่อมีเหตุอันสมควร

หน่วยงานที่รับผิดชอบตามพระราชบัญญัตินี้ คือ สำนักนายกรัฐมนตรี มีคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา คณะอนุกรรมการวินิจฉัยการโฆษณา และคณะอนุกรรมการติดตามและสอดส่องการโฆษณา เป็นองค์การที่ดำเนินการเกี่ยวกับการโฆษณาตามกฎหมายนี้

การโฆษณาที่อยู่ในอำนาจของ พรบ. นี้ หมายถึง กฎหมายใดที่บัญญัติในเรื่องการโฆษณาเป็นการเฉพาะอยู่แล้ว กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคจะไม่เข้าไปบังคับให้ชัดหรือซ้ำกัน (มาตรา 21)

การใดที่ได้กระทำไปตามความเห็นของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาที่ให้ตามวรรคหนึ่ง มิให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญา

ลักษณะพิเศษของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคในด้านการโฆษณา

น่าสังเกตว่าอำนาจของฝ่ายบริหารในการสั่งการต่าง ๆ ตามมาตรา 24 ถึง มาตรา 28 และบทบัญญัติของการขอความเห็นชอบก่อนการโฆษณา เป็นบทบัญญัติในเรื่องโฆษณาโดยเฉพาะที่ไม่ปรากฏในพระราชบัญญัติอื่น ๆ

และอำนาจตามมาตรา 27 นั้น เป็นอำนาจที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา มีอำนาจสั่งการใด ๆ เกี่ยวกับการโฆษณาที่ฝ่าฝืนกฎหมาย (มาตรา 22 มาตรา 23 มาตรา 24(1) หรือ มาตรา 25 นั้น) เช่น อำนาจสั่งการให้แก้ไขข้อความหรือให้โฆษณาแก้ไขความเข้าใจผิดของผู้บริโภค นั้นเป็นอำนาจซึ่งพิเศษแตกต่างจากพระราชบัญญัติอื่น ๆ ซึ่งไม่มีปรากฏบทบัญญัติในทางองค์กรของผู้บริโภคด้านโฆษณาเช่นนี้ เช่น พระราชบัญญัติอาหาร และยา มีเพียงบทบัญญัติให้ฝ่ายบริหารสั่งระงับการโฆษณาเท่านั้น แต่หากคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมอบหมายอำนาจตามบทบัญญัติไว้ใน พรบ. คุ้มครองผู้บริโภค ให้เจ้าหน้าที่ตาม พรบ.อาหาร ดำเนินการย่อมกระทำได้ (มาตรา 21 วรรคสอง) แต่ในทางปฏิบัติยังไม่เคยมีการมอบอำนาจกันเช่นนี้

จะเห็นได้ว่า การดำเนินการตาม พรบ. คุ้มครองผู้บริโภคมีลักษณะเป็นกฎหมายกลางที่เสริมบทบัญญัติของกฎหมายอื่นที่บังคับอยู่ก่อน พรบ. นี้มีผลบังคับ

บทลงโทษ

มาตรา 46 ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการหรือคณะกรรมการเฉพาะเรื่อง ตามมาตรา 17 (สั่งให้บุคคลส่งเอกสาร) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 47 ผู้ใดโดยเจตนาก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในแหล่งกำเนิดสภาพ คุณภาพ ปริมาณ หรือสาระสำคัญประการอื่นอันเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าจะ เป็นของตนเองหรือผู้อื่น โฆษณาหรือใช้ฉลากที่มีข้อความอันเป็นเท็จหรือข้อความที่รู้หรือควรรู้อยู่แล้วว่าอาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิด เช่นว่านั้นต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งกระทำความผิดซ้ำอีกภายในหกเดือน นับแต่วันกระทำความผิดครั้งก่อน ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ควรสังเกตว่าอำนาจตามมาตรา 47 นี้เป็นอำนาจที่ฝ่ายบริหารที่จะสั่งฟ้องเท่านั้น หากฝ่ายบริการพิจารณาเห็นว่าผู้กระทำการโฆษณามีเจตนาโฆษณาข้อความเท็จหรือข้อความที่รู้หรือควรรู้อยู่แล้วว่าอาจก่อให้เกิด ความเข้าใจผิดตามความในมาตรา 22 (1) (2) ฝ่ายบริหารก็

สามารถใช้สิทธิฟ้องผู้กระทำการโฆษณา เช่นว่านั้นทางศาลได้ หรือจะสั่งการตามมาตรา 27 ก็ย่อมได้ แม้ว่าจะมีการสั่งการตามมาตรา 27 แล้วก็ตาม แต่การฟ้องศาลนั้นอัยการต้องสืบว่าผู้กระทำการกระทำโดยเจตนาซึ่งถือเป็นเรื่องยากกว่าการนำข้อยุติตาม มาตรา 27 ซึ่งไม่ต้องคำนึงถึงเรื่องเจตนาของผู้กระทำผิด (เพียงแต่การสั่งตามมาตรา 27 (4) นั้นให้คำนึงถึงความสุจริตใจของผู้กระทำ ซึ่งก็ถือเป็นดุลยพินิจอีกเช่นกัน หากคณะกรรมการพิจารณาเห็นว่า เป็นอย่างไรก็สั่งได้²⁷

มาตรา 48 ผู้ใดโฆษณาโดยใช้ข้อความตามมาตรา 22 (3) หรือ (4) หรือข้อความตามที่กำหนดในกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 22 (5) หรือ ผ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 23 มาตรา 24 มาตรา 25 หรือมาตรา 26 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสามหมื่นบาท

มาตรา 49 ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาซึ่งสั่งตามมาตรา 27 หรือมาตรา 28 วรรคสอง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 51 ถ้าการกระทำผิดตามมาตรา 47 มาตรา 48 มาตรา 49 หรือ มาตรา 50 เป็นความผิดต่อเนื่อง ผู้กระทำต้องระวางโทษปรับวันละไม่เกินห้าพันบาท หรือไม่เกินสองเท่าของค่าใช้จ่ายที่ใช้สำหรับการโฆษณานั้น ตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม

การฝ่าฝืนบทบัญญัติทั้งหลายตามพระราชบัญญัตินี้ คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจเปรียบเทียบปรับได้ (มาตรา 62)

น่าสังเกตว่าบทบัญญัติในส่วนของ การโฆษณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วย พ.ศ. 2535 และเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 นั้น ให้ใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ด้วย แต่สิ่ง ที่ต่างกันคือหน่วยงานที่รับผิดชอบ ซึ่งตามพระราชบัญญัติว่าด้วย พ.ศ. 2535 ในส่วนของการโฆษณาคือ คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคโดยคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา แต่หน่วยงานที่รับผิดชอบตามพระ

²⁷บันทึกรายงานการประชุมคณะกรรมการวิสามัญ สถาบันนิติบัญญัติพิจารณาร่าง พรบ. คุ้มครองผู้บริโภค ครั้งที่ 4/2522 วันพุธที่ 28 มีนาคม 2522

พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง คือ คณะกรรมการเครื่องสำอาง โดยคณะกรรมการฉลากและโฆษณา เครื่องสำอาง

จากพระราชบัญญัติที่ผู้เขียนได้แบ่งกลุ่มของกฎหมายไว้ในหมวดที่ 2 ถึง หมวดที่ 4 ข้างต้น เป็นบทบัญญัติในลักษณะของกฎหมายมหาชนทั้งหมด อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า บทลงโทษตามพระราชบัญญัตินี้ จะมีลักษณะดังนี้ คือ

1. การฝ่าฝืนกฎหมายเหล่านั้นในส่วนที่ว่าด้วยการโฆษณา หน่วยงานของรัฐที่ควบคุมดูแลอยู่จะต้องดำเนินการทางศาลเท่านั้น หรือ
2. การฝ่าฝืนกฎหมายเหล่านั้นในส่วนที่ว่าด้วยการโฆษณา หน่วยงานของรัฐที่ควบคุมดูแลอยู่สามารถใช้อำนาจฝ่ายบริหารสั่งการให้ระงับการโฆษณาที่ฝ่าฝืนได้ ดังเช่น พระราชบัญญัติอาหาร (มาตรา 41) พระราชบัญญัติยา (มาตรา 90 ทวิ) และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (มาตรา 27) หรือจะเลือกดำเนินการฟ้องร้องทางศาลก็ได้ และหากกฎหมายให้อำนาจหน่วยงานของรัฐที่ควบคุมอยู่สามารถเปรียบเทียบปรับ ก็สามารถเปรียบเทียบปรับได้ ตามพรบ.ยา เมื่อฝ่ายบริหารมีคำสั่งให้ระงับการโฆษณาแล้วฝ่าฝืน จะเปรียบเทียบปรับอีกไม่ได้ เพราะกฎหมายไม่ให้อำนาจ แต่ตามพรบ.คุ้มครองผู้บริโภค นั้น แม้สั่งให้ระงับแล้วฝ่าฝืน กฎหมายให้อำนาจให้เปรียบเทียบปรับได้ และหากผู้กระทำความผิดฝ่าฝืนนั้นยอมให้เปรียบเทียบปรับก็ถือว่าอาญาระงับไป

การใช้ดุลยพินิจของฝ่ายบริหาร

การใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายมหาชน จะเป็นกฎหมายลักษณะที่ทำให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจใช้ดุลยพินิจ (Quasi - Judicial) นั้น การใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร เช่น ตามพระราชบัญญัติอาหาร หรือ พระราชบัญญัติยา อำนาจที่ใช้จะเป็นอำนาจที่เด็ดขาดไม่เปิดโอกาสให้ผู้กระทำการโต้แย้งได้ หรือพิสูจน์ว่าตนมิได้กระทำการตามที่กล่าวอ้าง เนื่องจากกฎหมายส่วนมาก เช่น อาหารหรือยา มิได้ให้สิทธิผู้กระทำการโฆษณาโต้แย้ง แต่น่าสังเกตว่ากฎหมายที่แตกต่างจากกฎหมายทั่วไปที่ให้อำนาจที่เด็ดขาดตามที่กล่าวมาแล้วนั้น คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค นั้น ตามมาตรา 18 ของ พรบ.ดังกล่าว ได้บัญญัติให้คณะกรรมการที่ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายนี้จะต้องให้โอกาสผู้ที่ถูกกล่าวหาหรือสงสัยว่ากระทำการละเมิดสิทธิผู้บริโภค (มาตรา 4

คุณสมบัติของผู้ทำการโฆษณา ซึ่งวิธีนี้น่าจะเป็นวิธีที่ควบคุมคุณภาพของโฆษณาให้สูงขึ้น และถูกต้องตามกฎหมายมากขึ้น เนื่องจากหากมีการควบคุมคุณสมบัติของผู้ทำการโฆษณา ซึ่งวิธีนี้น่าจะเป็นวิธีที่ควบคุมคุณภาพของโฆษณาให้สูงขึ้นและถูกต้องตามกฎหมายมากขึ้น เนื่องจากหากมีการควบคุมคุณสมบัติของผู้ทำการโฆษณา ผู้ทำการโฆษณาจะต้องมีการศึกษาสูงในระดับหนึ่งที่จะรู้และเข้าใจว่าการโฆษณาเช่นใดไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3.3 บทบาทและความสัมพันธ์ของผู้โฆษณา ตัวแทนโฆษณา เจ้าของสื่อโฆษณาและผู้บริโภค

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2.3 ว่าผู้ประกอบการกิจการโฆษณามีผู้ใดบ้าง เขาเหล่านี้มีหน้าที่อย่างไร และมีวิธีการทำงานอย่างไร ต่อไปนี้จะได้อธิบายถึงบทบาทและความสัมพันธ์ของเขาเหล่านั้น เพื่อจะได้ทราบว่าบุคคลเหล่านี้มีควรมีสติและหน้าที่ต่อกันและต่อผู้บริโภคอย่างไร เพื่อจะได้ทราบถึงสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายที่บุคคลเหล่านี้มีอยู่ต่อกัน

ก่อนอื่นผู้เขียนขอกล่าวถึงรูปแบบของการผลิตผลงานโฆษณา มี 2 รูปแบบ คือ

1. ผู้ผลิตหรือเจ้าของสินค้าหรือบริการ (Business Sector) ทำโฆษณาเอง โดยอาจมีวิธีการดังนี้ คือ

1.1 บุคคลดังกล่าวคิดข้อความโฆษณาขึ้นเอง จึงเป็นผู้ทำการโฆษณาเอง

1.2 บุคคลดังกล่าวมีลูกจ้างเรียกว่าฝ่ายโฆษณาขององค์กร (เรียกว่า In House Advertising Department) โดยฝ่ายโฆษณานี้เป็นผู้คิดข้อความโฆษณาขึ้นเอง ดังนั้นนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ผลิตหรือเจ้าของสินค้าและบริการจึงเป็นไปในลักษณะนายจ้างและลูกจ้าง แต่ผู้ผลิตหรือเจ้าของสินค้าหรือบริการยังคงมีหน้าที่โดยตรงต่อผู้บริโภคอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการจ้างแรงงาน นั้นเอง

1.3 บุคคลดังกล่าวมีลูกจ้างตาม 1.2 แต่อาจจะทำแผนการโฆษณาได้ไม่ครบวงจร โดยอาจจะจ้างตัวแทนโฆษณา เพื่อทำหน้าที่เกี่ยวกับการผลิตผลงานโฆษณา เช่น การวางแผนจัดยุทธวิธีการใช้สื่อ ติดต่อนิวส์ วิจัยตลาดสินค้า หรือคิดค้นข้อความโฆษณาให้ เป็นต้น โดยฝ่ายโฆษณา ตาม 1.2 จะเป็นผู้ควบคุมผลการดำเนินงานการอีกชั้นหนึ่งก็ได้ ดังนั้นนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ผลิต

หรือเจ้าของสินค้าหรือบริการในข้อนี้จะมีทั้ง 2 ลักษณะ คือ เป็นทั้งผู้โฆษณาที่ทำโฆษณาเอง ตามข้อ 1.2 ข้างต้น และอาจเป็นผู้ว่าจ้างทำของก็ได้

อย่างไรก็ตามผู้ผลิตหรือเจ้าของสินค้าหรือบริการตามข้อ 1 นี้ยังคงมีหน้าที่โดยตรงต่อผู้บริโภคภายใต้สิทธิสัมพันธใน เรื่องสัญญาหรืออาจจะต้องรับผิดชอบหากการโฆษณานั้น ก่อให้เกิดความเสียหายในเชิงละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือพิจารณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค

2. ผู้ผลิตหรือเจ้าของสินค้าหรือบริการทำโฆษณาโดยว่าจ้างตัวแทนโฆษณา (Advertising Agency)

ซึ่งถือว่าเป็นธุรกิจบริการ หรือการรับจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั่นเอง โดยตัวแทนโฆษณาจะทำโฆษณาตามสัญญาจ้างที่ทำกับเจ้าของสินค้าหรือบริการ หรือจะเรียกว่าผู้โฆษณา (Business Sector) ก็ได้ นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้โฆษณาและตัวแทนโฆษณา คือ ผู้ว่าจ้างทำของและผู้รับจ้างทำของตามลำดับ แม้ว่าผู้โฆษณาจะต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภคโดยอาศัยหลักในเรื่องสัญญาหรือละเมิด และหรือตาม พรบ.คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แล้ว และผู้รับจ้างทำของหรือตัวแทนโฆษณาจะมีบทบาทความรับผิดชอบต่อผู้บริโภคอย่างไรบ้าง หรือไม่เพียงใดขึ้นอยู่กับข้อความในโฆษณานั้นว่า ผู้โฆษณาได้สั่งให้ทำขึ้นหรือไม่ ซึ่งหากผู้โฆษณามีได้สั่งให้ทำ ผู้โฆษณาเพียงแต่ให้ข้อเท็จจริงแก่ตัวแทนโฆษณา ๆ คิดข้อความขึ้นเอง เช่นนี้ตัวแทนโฆษณาก็มีฐานะเป็นตัวการซึ่งจะต้องรับผิดชอบต่อข้อความนั้นเช่นกัน ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวในบทที่ 3

และเนื่องจากตามที่ได้กล่าวมาในหัวข้อที่ 2.4 แล้วว่า บทบาทของตัวแทนโฆษณาในวงการโฆษณานั้นเป็นทั้งการจูงใจและไขข่าว ซึ่งเขาเหล่านี้ไม่ว่าจะเป็น ผู้ประสานงานกับลูกค้า (Account Director) หรือ (Account Executive) ผู้เขียนข้อความโฆษณา (Copy Writer) หรือช่างศิลป์ (Art) เป็นต้น ต่างก็ต้องอาศัยความรู้ความสามารถเฉพาะตัวในการทำงานดังกล่าว เนื่องจากงานแต่ละด้านจะมีลักษณะเฉพาะตัว และเนื่องจากการโฆษณา คือ การไขข่าว หรือจูงใจให้ผู้บริโภคได้รับความรู้ตามนั้น เพื่อจะได้เชื่อและซื้อสินค้าหรือบริการตามคำบอกกล่าวในโฆษณา ซึ่งนำพิจารณาว่าหากไม่มีการคิดข้อความโฆษณาขึ้นชื่อโดยบุคคลเหล่านี้แล้ว ผู้บริโภคก็อาจจะไม่ถูกใจให้คล้อยตามและหลงเชื่อได้ เนื่องจากการหลงเชื่อสิ่งใดง่าย ๆ คงเป็นไปได้ยาก จะต้องอาศัยเทคนิคการจูงใจการวิจัยความคิด ความเชื่อ และอื่น ๆ ซึ่งตัวแทน

โฆษณาเหล่านี้เป็นผู้คิดถ้อยคำโฆษณาขึ้น แม้การโฆษณาโดยบุคคลเหล่านี้มีผลสูงต่อผู้บริโภคจนทำให้ผู้บริโภคหลงเชื่อได้ตามตัวแทนโฆษณาเหล่านี้ ซึ่งสิ่งเหล่านี้เป็นสิ่งที่จะต้องเรียนรู้ ต้องอาศัยวิชาความรู้ ความชำนาญ หรือเรียกกันว่าเป็นวิชาชีพ นั่นเอง²⁸ จึงมีข้อนำพิจารณาว่าเนื่องจากในปัจจุบันธุรกิจการโฆษณาได้พัฒนาและเติบโตขึ้นอย่างรวดเร็ว และมีแนวโน้มจะสูงขึ้นอีกเนื่องจากผู้ผลิตสินค้าและบริการหันมาบุกเบิกการตลาดโดยการโฆษณากันสูงมาก แต่ยังไม่มียุติวิธิต่าง ๆ ที่ทำให้เห็นว่าการโฆษณาซึ่งถือเป็นผู้ต้องทำงานโดยอาศัยวิชาชีพจะมีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังหรือไม่อย่างไรในการประกอบอาชีพของตน

เมื่อผู้โฆษณามอบความไว้วางใจแก่ตัวแทนโฆษณาในการผลิตชิ้นงานโฆษณาเพื่อให้สินค้าหรือบริการบรรลุเป้าหมายปกติแล้ว ผู้โฆษณามักจะทำสัญญาโดยมีข้อตกลงกับตัวแทนโฆษณาให้ผลิตงานโฆษณาที่ถูกต้องตามกฎหมายให้ตน และโดยที่ปกติในการจ้างทำโฆษณานั้นผู้โฆษณาจะต้องบอกสรรพคุณข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวสินค้าหรือบริการแก่ตัวแทนโฆษณาตามความเป็นจริง เพื่อตัวแทนโฆษณาจะได้นำข้อมูลไปใช้ประกอบการพิจารณาทำผลงานโฆษณา จึงเป็นที่น่าพิจารณาว่าความสัมพันธ์เหล่านี้จะก่อให้เกิดหน้าที่และความรับผิดชอบเช่นใดบ้างตามกฎหมาย

ผลงานโฆษณา (FINISHED ADVERTISEMENT) กว่าที่งานโฆษณาจะสำเร็จลุล่วงออกมาดังที่เราเห็นกันอยู่เป็นประจำ ไม่ใช่เป็นเรื่องง่ายที่คนส่วนใหญ่คิดกันเอาไว้ งานโฆษณาแต่ละชิ้นจะต้องผ่านขั้นตอนต่าง ๆ มากมายดังที่เราได้กล่าวไปแล้วจะต้องมีการเตรียมการกันเป็นเวลามากพอสมควร เพื่อความสมบูรณ์ของผลงานที่มีประสิทธิภาพอันสอดคล้องต้องกันกับสถานการณ์ทางการตลาด และพฤติกรรมของผู้บริโภค

บทบาทของเจ้าของสื่อโฆษณา

เจ้าของสื่อโฆษณาซึ่งได้รับค่าจ้างจากผู้โฆษณา หรือตัวแทนโฆษณาแล้วแต่กรณีเป็นคำตอบแทนในการขายเนื้อที่หรือขายเวลาลงโฆษณา เจ้าของนิตยสาร เจ้าของสื่อโทรทัศน์ เจ้าของสื่อวิทยุ หากได้รับคำสั่งจากผู้โฆษณาหรือผู้ประกอบการโฆษณา ให้เผยแพร่ข้อความโฆษณานั้นผ่านกฎหมาย ตามที่ผู้โฆษณาหรือผู้ประกอบการโฆษณาส่งมาให้เจ้าของสื่อจะมีหน้าที่และความรับผิดชอบอย่างไรหรือไม่ในการทำตามคำสั่งนั้น

²⁸พจนานุกรมไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525

เหตุพิจารณาให้มีกฎหมายกำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบธุรกิจโฆษณา

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า การโฆษณาจูงใจให้ผู้บริโภคหลงเชื่อจนทำให้เกิดการซื้อขายสินค้าหรือบริการได้และยิ่งนับวันจะทวีมากขึ้นเรื่อย ๆ การโฆษณาจึงเป็นตัวจักรสำคัญในการพัฒนายอดขายสินค้าหรือบริการให้สูงขึ้น ผู้โฆษณาจึงจ้างตัวแทนโฆษณาผลิตชิ้นงานโฆษณามาก ๆ ขึ้นทุกขณะแทนที่จะทำเอง หรือหากจะทำเองก็มีแนวโน้มที่จะพัฒนาแผนการโฆษณาในองค์การของตนให้เป็นระดับมืออาชีพเพื่อมิให้เป็นที่ผิดหวังในการขาย

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่านับวันการโฆษณาจะต้องอาศัยเหล่านักวิชาการที่มีความรู้ความชำนาญ (วิชาชีพ) มาทำงานโฆษณา และการโฆษณามีอิทธิพลอย่างสูงต่อการตัดสินใจของผู้บริโภคในการซื้อสินค้าหรือบริการ ซึ่งปัญหาในทางปฏิบัตินั้น โฆษณาที่เกิดขึ้นโดยผิดกฎหมายนั้น ผู้ใดบ้างที่จะต้องรับผิดชอบต่อกันเองและต่อผู้บริโภคอย่างไรบ้าง และนำพิจารณาว่าควรจะยกระดับอาชีพโฆษณาให้มีความรับผิดชอบต่อผู้บริโภค รวมทั้งผู้โฆษณา เพื่อให้ตัวแทนโฆษณาเหล่านี้ไม่ว่าจะเป็น ผู้ประสานงานโฆษณา (ACCOUNT EXECUTIVE, ACCOUNT DIRECTOR) ช่างศิลป์ (ART) ผู้เขียนข้อความโฆษณา (COPY WRITER) ต่างก็มีส่วนสร้างสรรค์ร่วมกันในงานที่ตนทำ เนื่องจากแต่ละงานต่างก็มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนกว่ากัน เพื่อให้เขาเหล่านี้มีสำนึกต่อผู้บริโภคและต่อเจ้าของสินค้าที่จะไม่หลอกลวงผู้บริโภค กฎหมายนี้จะเป็นเช่นใดผู้เขียนขอยกไปกล่าวในบทที่ 5 ในส่วนของข้อเสนอแนะ

3.4 ความรับผิดชอบพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

สาเหตุที่ต้องกล่าวถึงความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองผู้บริโภคทางด้านการโฆษณาเป็นการทั่วไป กล่าวคือหากพระราชบัญญัติเฉพาะอื่นใดควบคุมการโฆษณาสินค้าและบริการเป็นการเฉพาะแล้วพระราชบัญญัติฉบับนี้ก็ไม่ใช่บังคับ แต่หากไม่มีกฎหมายอื่นว่าไว้เป็นการเฉพาะแล้วพระราชบัญญัตินี้จึงจะบังคับ อีกทั้งสิทธิของผู้บริโภคในด้านการโฆษณาที่จะต้องได้รับข้อมูลข่าวสารที่ถูกต้องและเพียงพอได้ถูกรับรองไว้ ตามความในมาตรา 4 พร้อมกับได้บัญญัติถึงหน้าที่ของผู้โฆษณา ผู้ประกอบกิจการโฆษณา และเจ้าของสื่อโฆษณาไว้ชัดแจ้งกว่ากฎหมายมหาชนอื่นๆ ทั้งนี้อาจเนื่องจากกฎหมายฉบับนี้ได้มีบทบัญญัติว่า ผู้ประกอบกิจการโฆษณาและเจ้าของสื่อโฆษณาก็ได้ แต่พระราชบัญญัติเฉพาะอื่นมิได้มีบทบัญญัติดังกล่าวเอาไว้ และเนื่องจากผู้มีบทบาททางด้านการโฆษณาควร จะมีความรับผิดชอบหากมีการกระทำการโฆษณาที่ผิดกฎหมายนั้น หมายถึง ผู้ประกอบกิจการโฆษณา

(Advertising Agency) และเจ้าของสื่อโฆษณา (Media Owner) ด้วย แต่พระราชบัญญัติอื่น มักจะใช้คำว่าผู้ใด หรือผู้กระทำการโฆษณาเสมอ แต่ไม่มีบทบัญญัติคำว่า ผู้ประกอบกิจการโฆษณา หรือเจ้าของสื่อโฆษณาปรากฏชัด ดังนั้น ผู้เขียนจึงต้องหยิบยกพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พศ. 2522 ขึ้นกล่าว เพื่อจะได้ทราบว่าทั้งผู้โฆษณา ผู้ประกอบกิจการโฆษณา และเจ้าของสื่อโฆษณา มีความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัตินี้อย่างไรบ้าง

ในส่วนของความรับผิดชอบในการประกอบธุรกิจโฆษณา ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค นั้น ผู้เขียนขอกล่าวถึงภาพรวมของผู้โฆษณา ผู้ประกอบกิจการโฆษณา และเจ้าของสื่อโฆษณา เนื่องจาก การที่จะทราบความรับผิดชอบของบุคคลแต่ละคนเหล่านี้จะต้องศึกษาทั้งหมดประกอบกันและก่อนที่จะกล่าวถึงความรับผิดชอบของผู้โฆษณา ผู้ประกอบกิจการโฆษณา และเจ้าของสื่อโฆษณา จะต้องทราบถึงหน้าที่ของเขาเหล่านั้นเสียก่อน เนื่องจากความรับผิดชอบจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อ บุคคลเหล่านั้นฝ่าฝืน หน้าที่ตามกฎหมายที่ควบคุมอยู่ ดังนี้คือ

หน้าที่ของผู้โฆษณา ผู้ประกอบกิจการโฆษณา และเจ้าของสื่อโฆษณา

พิเคราะห์จากมาตรา 49 และ มาตรา 50 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวซึ่งบัญญัติว่า

มาตรา 49 ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของ คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา ซึ่งสั่งตาม มาตรา 27 หรือมาตรา 28 วรรคสอง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกิน ห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 50 ถ้าการกระทำตามมาตรา 47 มาตรา 48 หรือมาตรา 49 เป็นการ กระทำของ เจ้าของสื่อโฆษณาหรือผู้ประกอบกิจการโฆษณา ผู้กระทำต้องระวางโทษเพียงกึ่งหนึ่ง ของโทษที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น

จะ เห็นได้ว่าทั้งสองมาตราได้กำหนดว่าทั้งผู้โฆษณา ผู้ประกอบกิจการโฆษณาและ เจ้าของ สื่อโฆษณา มีหน้าที่เหมือนกัน (แต่มีความรับผิดชอบที่ต่างกัน) ดังนี้คือ

1. หน้าที่ตามมาตรา 22 และ มาตรา 23

ทั้งนี้ เนื่องจากถ้อยคำที่ใช้ในมาตรา 49 ที่ได้บัญญัติว่า... ซึ่งสั่งตามมาตรา 27 หรือมาตรา 28 วรรคสอง...

พิเคราะห์จาก มาตรา 27²⁹ และมาตรา 28³⁰ ประกอบกับมาตรา 49 และมาตรา 50 จะเห็นได้ว่าคำว่า " ผู้กระทำการโฆษณา " ในมาตรา 27 และมาตรา 28 หมายถึงทั้งผู้โฆษณา ผู้ประกอบกิจการโฆษณา และเจ้าของสื่อโฆษณา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่ควร บัญญัติกฎหมายในลักษณะเช่นนี้ เนื่องจากการฝ่าฝืนมาตรา 27 และมาตรา 28 มีผลลงโทษทางอาญาตามมาตรา 49 ผู้เขียนจึงเห็นว่า การบัญญัติกฎหมายควรบัญญัติให้ชัดว่า ผู้ใดในที่นี้คือใคร และผู้กระทำการโฆษณา หมายถึงใคร มิใช่อาศัยการตีความหลาย ๆ มาตรามาพิเคราะห์ร่วมกัน เพื่อจะเล็งเห็นถึงเจตนารมณ์ เนื่องจากกฎหมายที่มีบทลงโทษทางอาญาควรจะชัดแจ้งว่าใครคือผู้กระทำความผิด อีกทั้งโทษของบุคคลเหล่านี้จะไม่เท่ากัน

²⁹มาตรา 27 ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าการโฆษณาใดฝ่าฝืน มาตรา 22 มาตรา 23 มาตรา 24(1) หรือมาตรา 25 ให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา มีอำนาจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือหลายอย่างดังต่อไปนี้

- (1) ให้แก้ไขข้อความหรือวิธีการในการโฆษณา
- (2) ห้ามการใช้ข้อความบางอย่างที่ปรากฏในการโฆษณา
- (3) ห้ามการโฆษณาหรือห้ามใช้วิธีการนั้นในการโฆษณา
- (4) ให้โฆษณาเพื่อแก้ไขความเข้าใจผิดของผู้บริโภคที่อาจเกิดขึ้นแล้วตามหลักเกณฑ์

และวิธีการที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณากำหนด

ในการออกคำสั่งตาม (4) ให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการ โดยคำนึงถึงประโยชน์ของผู้บริโภคประกอบกับความสุจริตใจในการกระทำของผู้กระทำการโฆษณา

³⁰มาตรา 28 วรรคสอง บัญญัติว่าในกรณีที่ผู้กระทำการโฆษณาอ้างรายงานทางวิชาการ ผลการวิจัยสถิติ การรับรองของสถาบัน หรือบุคคลอื่นใด หรือยืนยันข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งในการโฆษณา ถ้าผู้กระทำการโฆษณาไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าข้อความที่ใช้ในการโฆษณาเป็นความจริงตามที่กล่าวอ้างให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา มีอำนาจออกคำสั่งตามมาตรา 27 ได้ และให้ถือว่าผู้กระทำการโฆษณารู้หรือควรได้รู้ว่าข้อความนั้นเป็นความจริง

มีข้อสังเกต คือ อำนาจตามมาตรา 27 เป็นการใช้อำนาจลงโทษของฝ่ายบริหารตัดสินได้เอง (Quasi - Judicial)

2. หน้าที่ตามมาตรา 47

หน้าที่ในการไม่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดว่าตนได้กระทำการระงับในแหล่งกำเนิดสภาพคุณภาพ ปริมาณ หรือสาระสำคัญประการอื่นอันเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าจะ เป็นของตนเอง หรือผู้อื่น โดยเจตนาซึ่งข้อความอันเป็นเท็จหรือข้อความที่รู้หรือข้อความที่ควรรู้อยู่แล้วว่าอาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิด เช่นว่านั้นต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท

ทั้งนี้เนื่องจาก บทบัญญัติในมาตรา 49 ประกอบกับมาตรา 50 บัญญัติกำหนดว่าการกระทำตามมาตรา 47 หรือมาตรา 49 ถ้าเป็นการกระทำของเจ้าของสื่อโฆษณาหรือผู้ประกอบกิจการโฆษณา ทั้งสองจากพวกนี้ ระวางโทษเพียงกึ่งหนึ่งของโทษที่บัญญัติไว้จะเห็นได้ว่าการกระทำตามมาตรา 47 ข้างต้น หรือมาตรา 48 หรือมาตรา 49 คำว่าผู้ใดจึงหมายถึงบุคคลทั้งสามจากพวก คือ ผู้โฆษณา ผู้ประกอบกิจการโฆษณา และเจ้าของสื่อโฆษณา

3. หน้าที่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา ที่สั่งตามมาตรา 27 หรือมาตรา 28 วรรคสอง

4. หน้าที่ในการไม่ฝ่าฝืนการปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา ตามมาตรา 27 หรือมาตรา 28 วรรคสอง

ความรับผิดชอบของผู้โฆษณา ผู้ประกอบกิจการโฆษณา และเจ้าของสื่อโฆษณา

จากเหตุผลที่ได้กล่าวมาข้างต้นผู้เขียนเห็นว่า คำว่าผู้ใดตามมาตรา 46-49 หมายถึงทั้งผู้โฆษณา ผู้ประกอบกิจการโฆษณา และเจ้าของสื่อโฆษณา ซึ่งความรับผิดชอบของบุคคลดังกล่าวข้างต้น ย่อมเกิดขึ้นจากการที่เขามีหน้าที่ตามกฎหมายข้างต้น และเขาเหล่านั้นละเว้น หรือฝ่าฝืนการปฏิบัติตามหน้าที่ที่มีอยู่ข้างต้นและแม้ว่ากฎหมายจะมุ่งบัญญัติให้ผู้โฆษณา ผู้ประกอบกิจการโฆษณา และ เจ้าของสื่อโฆษณา มีหน้าที่เหมือนกัน แต่ตามมาตรา 49 ประกอบมาตรา 50 กฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้งว่าถ้าหากเจ้าของสื่อโฆษณา หรือ ผู้ประกอบกิจการโฆษณากระทำผิด ตามมาตรา

47 มาตรา 48 หรือมาตรา 49 ผู้ประกอบกิจการโฆษณาหรือเจ้าของสื่อโฆษณา ต้องระวางโทษ เพียงกึ่งหนึ่งของโทษที่บัญญัติไว้ สำหรับความผิดนั้น ซึ่งหมายถึงความผิดในการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ ตามมาตรา 22 และมาตรา 23 มาตรา 27 และมาตรา 28 มาตรา 49 และมาตรา 50 แต่ใน บทบัญญัติของมาตรา 22 และมาตรา 23 เองไม่ได้กำหนดบทลงโทษเอาไว้ หากแต่กำหนดไว้ใน มาตราอื่น ๆ คือมาตรา 27 หรือมาตรา 28 วรรคสอง และมาตรา 49-50 และน่าสังเกตว่า อำนาจตามมาตราดังกล่าวมีข้อแตกต่างกันคือ

การสั่งการโดยฝ่ายบริหาร

อำนาจตามมาตรา 27 และ 28 วรรคสอง เป็นอำนาจของคณะกรรมการว่าด้วยการ โฆษณา ซึ่งเป็นบทลงโทษที่ฝ่ายบริหารใช้อำนาจตัดสินใจได้เองในกรณีที่เห็นว่าการโฆษณาใดฝ่าฝืน ลักษณะที่จะเป็นตามกฎหมาย ก็มีอำนาจออกคำสั่ง เช่น ให้งำไขข้อความ ห้ามการใช้ข้อความบาง อย่างที่ปรากฏ ห้ามการโฆษณา หรือให้โฆษณาเพื่อแก้ไขความเข้าใจผิดของผู้บริโภค แต่ในข้อสุดท้ายนี้กฎหมายบัญญัติให้คณะกรรมการคำนึงถึงความสุจริตใจในการกระทำของผู้กระทำการโฆษณา และการออกคำสั่งตาม (1) ถึง (3) ของมาตรา 27 ไม่ต้องคำนึงถึงความสุจริตใจของผู้กระทำ ประกอบแต่ใช้หลักว่าการกระทำเป็นเครื่องแสดงเจตนา หรือเป็นต้นองกฎหมายปิดปากนั่นเอง เนื่องจากความ ในมาตรา 27 วรรค 2 บัญญัติเฉพาะการออกคำสั่งตาม (4) ให้คำนึงถึงความ สุจริตใจของผู้กระทำการโฆษณาประกอบ มิได้รวมถึง (1)-(3) ด้วย

บทลงโทษผู้กระทำการโฆษณาผิดกฎหมาย

อำนาจตาม มาตรา 49 และ มาตรา 50 เป็นอำนาจที่ผ่านขั้นตอนตามมาตรา 27 หรือ มาตรา 28 วรรคสอง มาแล้ว คือ คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาใช้อำนาจ สั่งการตาม มาตรา 27 มาแล้ว แต่ผู้กระทำการโฆษณาที่ถูกสั่งการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการ คณะ กรรมการจึงสั่งการตามมาตรา 49 หรือมาตรา 50 และหากผู้กระทำความผิดยินยอมให้เปรียบเทียบ ปรับ คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคจึงอาศัยอำนาจ ตามมาตรา 62 เปรียบเทียบปรับได้ โดยมอบหมายให้คณะกรรมการเฉพาะเรื่อง หรือคณะอนุกรรมการพนักงานสอบสวน หรือพนักงาน เจ้าหน้าที่เปรียบเทียบปรับก็ได้ซึ่งหากผู้กระทำความผิดเสียค่าปรับตามที่เปรียบเทียบ ก็ให้ถือว่าคดี เลิกกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาทางอาญา ดังนั้น กรณีมาตรา 49 และมาตรา 50 นี้จึง

อาจเป็นกรณีทั้งขบวนการเปรียบเทียบปรับหรือโทษที่ต้องฟ้องศาลก็ได้ หากฝ่ายผู้กระทำการ
 โฆษณาไม่ยินยอมในการเปรียบเทียบปรับ

อำนาจตามมาตรา 47 เป็นอำนาจของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา ที่พิจารณาเห็น
 ว่าการโฆษณานั้น ๆ เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้โฆษณา หรือผู้ประกอบการโฆษณา หรือเจ้าของ
 สื่อโฆษณาโดยเจตนาก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ ปริมาณ หรือสาระ
 สำคัญประการอื่นอันเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ โดยการโฆษณาข้อความอันเป็นเท็จ หรือข้อความที่รู้
 ว่าอาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิด (ข้อความโฆษณาตามมาตรา 22(1) หรือ (2) นั้นเอง

หากคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าเป็นการกระทำโดยเจตนาที่จะกระทำการ
 ดังกล่าว คณะกรรมการสามารถใช้อำนาจฟ้องศาลตามมาตรา 47 ได้เลย ซึ่งในเรื่องนี้ถือว่าคณะ
 กรรมการเลือกที่จะไม่ใช้อำนาจตามมาตรา 27 หรือคณะกรรมการอาจใช้ดุลยพินิจมีคำสั่งตาม
 มาตรา 27 แล้วก็ยังฟ้องต่อศาลได้ ซึ่งถือเป็นดุลยพินิจของคณะกรรมการว่า ผู้กระทำการการ
 โฆษณากระทำการตามที่สั่งแล้วจะฟ้องอีกโดยอาศัยมาตรา 47 อีกหรือไม่

โทษที่จะลงแก่ผู้โฆษณา ผู้ประกอบการโฆษณาและเจ้าของสื่อโฆษณา

ความรับผิดของผู้โฆษณา ผู้ประกอบการโฆษณาและเจ้าของสื่อโฆษณานั้น แม้ว่าหน้าที่
 ของผู้โฆษณา ผู้ประกอบการโฆษณา และเจ้าของสื่อโฆษณา จะเหมือนกันก็ตาม ซึ่งจะเห็นได้ว่า
 ทุกคนต่างก็จะต้องมีหน้าที่ และความรับผิดชอบในการกระทำการโฆษณาผิดกฎหมายเหมือนกัน แต่
 กฎหมายบัญญัติให้เจ้าของสื่อโฆษณาหรือผู้ประกอบการโฆษณา รับผิดชอบน้อยกว่าถึงหนึ่งของโทษที่
 บัญญัติไว้ รับผิดชอบต่อตามมาตรา 47 มาตรา 48 และมาตรา 49 ซึ่งจะเห็นได้ว่าผู้โฆษณา
 ต้องรับโทษเต็มสำหรับความผิดนั้น*

* ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่า อาจเป็นไปได้ที่ผู้บัญญัติกฎหมายเล็งเห็นว่าในท้ายที่สุดบุคคลที่
 ควรจะรับผิดชอบมากที่สุดควรจะเป็นผู้โฆษณา (เจ้าของสินค้า/บริการ) โดยเหตุว่าตัวแทนโฆษณา
 และเจ้าของสื่อ นั้น อาจจะมีความรู้ข้อเท็จจริงในข้อมูลของตัวสินค้าหรือบริการ น้อยกว่าผู้โฆษณา
 และผู้โฆษณาเป็นผู้บอกเล่าข้อมูลในตัวสินค้าหรือบริการแก่ตัวแทนโฆษณาหรือเจ้าของสื่อ ผู้โฆษณา
 จึงเป็นผู้รู้ข้อเท็จจริงดีที่สุด

ความรับผิดในส่วนของผู้แทนนิติบุคคล

ในส่วนของความรับผิดตามส่วนที่ได้กล่าวมาแล้วทั้งหมด หากเป็นกรณีนิติบุคคลกระทำ ความผิด กรรมการหรือผู้แทนนิติบุคคลจะต้องรับผิดด้วยหรือไม่ตามมาตรา 59 แห่ง พระราชบัญญัติ ดังกล่าว

ในเรื่องนี้ก่อนอื่นจะต้องพิจารณาว่า นิติบุคคลสามารถรับผิดทางอาญาได้หรือไม่ แต่เดิมนักกฎหมายเห็นกันว่า นิติบุคคลไม่อาจกระทำผิดทางอาญาได้ เพราะนิติบุคคลไม่มีชีวิตจิตใจ จึงไม่สามารถมีเจตนา (Mens Rea) ในการกระทำผิดทางอาญาได้ (Criminal Intention) และนิติบุคคลไม่มีตัวตนจึงไม่อาจถูกจำคุกได้

ความคิดข้างต้นได้เปลี่ยนไปตามความเจริญและการวิวัฒนาการของโลกปัจจุบัน เนื่องจากหากมิให้นิติบุคคลรับโทษทางอาญาแล้ว นิติบุคคลก็อาจจะแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบด้วยกฎหมายมากขึ้น ๆ และทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย ปัจจุบันจึงกลายเป็นหลักสากลทั่วไปว่า นิติบุคคลอาจจะต้องรับผิดทางอาญา สำหรับการกระทำหรือตนเว้นการกระทำของนิติบุคคล ซึ่งได้แสดงออกทางผู้แทนของบริษัทในการดำเนินกิจการตามวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล

ในทางทฤษฎีหากเป็นการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์ก็ไม่ผูกพันนิติบุคคล เพราะการ แสดงเจตนาอันของผู้แทนไม่ใช่การแสดงเจตนาของนิติบุคคล³¹ (แต่ในเชิงคดีจะต้องพิจารณาถึง หลักความสุจริต (good faith ด้วย) กรรมการหรือผู้แทนนิติบุคคลจึงอาจจะต้องรับผิดโดย ส่วนตัว หากถือว่าเป็นการเข้าองค์ประกอบในการกระทำผิดตามประมวลกฎหมายอาญา (มาตรา 59)

การที่กฎหมายมีแนวคิดในการให้กรรมการหรือผู้จัดการหรือบุคคลอื่นซึ่งกระทำการแทน นิติบุคคลต้องรับผิดในทางอาญา เนื่องจากบุคคลเหล่านี้ถือว่าเป็นผู้กระทำการแทนนิติบุคคลโดยมี หน้าที่ควบคุมดูแลกิจการ ให้กระทำถูกต้องในลู่ทางของกฎหมาย ดังนั้น เมื่อเกิดเหตุการณ์กระทำผิด ตามกฎหมายที่มีแนวคิดนั้น ๆ จึงถือว่าการ กรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้แทนของนิติบุคคลนั้นเป็นผู้กระทำ

³¹ ประสิทธิ์ วัฒนวิไลกุล, ความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล, วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 3, ฉบับที่ 2, หน้า 135.

ความผิดตามกฎหมายด้วย ดังเช่นความในมาตรา 59 บัญญัติว่า

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล กรรมการหรือผู้จัดการหรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดสำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น

ความดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในบทลงเดี่ยวนั้น ปรากฏใน พ.ร.บ. ควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522, พ.ร.บ. ควบคุมกิจการแทบและวัสดุทรทัศน์ พ.ศ. 2530, พ.ร.บ. โรงงาน พ.ศ. 2535, พ.ร.บ. ประกันสังคม พ.ศ. 2533, พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 (แก้ไขโดยฉบับที่ 2 พ.ศ. 2535) เป็นต้น

ผลของการบัญญัติกฎหมายดังกล่าว ทำให้ภาระการพิสูจน์เปลี่ยนแปลง กล่าวคือโดยปกติในคดีอาญาภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับจำเลย โดยจำเลยจะต้องพิสูจน์ให้สิ้นสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิด แต่การที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้ทำให้เป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่ากรรมการหรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินการแทนนิติบุคคลได้กระทำการที่ถือว่าเป็นความผิดตาม พ.ร.บ. นั้น ๆ กรรมการจึงต้องรับผิด เว้นแต่กรรมการ หรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินการแทนนิติบุคคลสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้รู้เห็น หรือยินยอมในการกระทำความผิดนั้น ๆ* จึงถือว่าบทบัญญัติข้างต้นเป็นบทบัญญัติที่หลักภาระการพิสูจน์ให้กรรมการ หรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินการแทนนิติบุคคล หลักกฎหมายดังกล่าวเกิดขึ้นมาเพื่ออำนวยความสะดวกเรียบร้อยในสังคม และหาผู้รับผิดชอบเบื้องต้น ในปัจจุบันข้อสันนิษฐานเบื้องต้นของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นมหาชนหลายฉบับจึงถือว่า การที่นิติบุคคลได้กระทำความผิดตาม พ.ร.บ. นั้น ๆ กรรมการ หรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินการแทนนิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่า ตนมิได้รู้เห็นยินยอมด้วยในการกระทำความผิดหรือตนมิได้มีส่วนกระทำความผิด และน่าสังเกตว่าพระราชบัญญัติที่ควบคุมสินค้าเป็นการเฉพาะเจาะจง ไม่มีบทบัญญัติเช่นนี้ เช่น พ.ร.บ. วัตถุอันตราย, อาหาร, วัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท, ยา, เครื่องสำอาง เป็นต้น

*น่าสังเกตว่า มี พ.ร.บ. บางฉบับ เช่น พ.ร.บ. มาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2535, พ.ร.บ. ส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535, พ.ร.บ. คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ใช้ถ้อยคำทางนองว่า เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า ตนมิได้มีส่วนกระทำความผิด

ดังนั้นในกรณีที่การกระทำความผิดตามที่ได้กล่าวมา หากผู้โฆษณา ผู้ประกอบกิจการโฆษณา และเจ้าของสื่อโฆษณาเป็นนิติบุคคล นอกจากนิติบุคคลจะต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว กรรมการหรือผู้จัดการ หรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้นก็ต้องรับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติด้วย หากตนพิสูจน์ตามที่กล่าวมาข้างต้นไม่ได้ ซึ่งก็แล้วแต่กรณีว่าผู้แทนนิติบุคคลนั้นเป็นผู้แทนของผู้ประกอบกิจการโฆษณา หรือเจ้าของสื่อโฆษณาหรือไม่ซึ่งก็จะรับโทษเพียงกึ่งหนึ่งของโทษที่บัญญัติสำหรับความผิดนั้น ๆ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

ข้อสังเกตบางประการจากพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

จากพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และที่ได้กล่าวมาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตไว้ ดังนี้ คือ

1. จากนิยามคำศัพท์ คำว่า "ผู้ประกอบการธุรกิจ" ได้รวมถึงผู้ประกอบการโฆษณาไว้ด้วย แต่ในบทกำหนดโทษตามมาตรา 50 ได้บัญญัติไว้ชัดว่าผู้ประกอบการโฆษณา เป็นบุคคลคนละจำพวกกับผู้ประกอบธุรกิจ (ผู้โฆษณา ซึ่งหมายถึง เจ้าของสินค้าหรือบริการ) จึงเห็นได้ว่ากฎหมายมุ่งหมายที่จะให้ผู้โฆษณา และผู้ประกอบการโฆษณา มีความรับผิดชอบต่อรัฐหรือต่อสังคมไม่เท่ากัน อีกทั้งลักษณะของการจัดการงานของทั้งสองจำพวกนั้น ต่างกันและอาจประกอบด้วยทีมงานที่แตกต่างกันดังนั้น จึงควรมีบทนิยามศัพท์ของผู้ประกอบการโฆษณาว่า หมายความว่าอย่างไรมิใช่บัญญัติรวมอยู่ในบทนิยามศัพท์ คำว่า ผู้ประกอบธุรกิจดังเช่น ปัจจุบันนี้

2. สماعตามมาตรา 40³² กฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อให้สมาคมมีสิทธิฟ้องแทนสมาชิกของ

32 มาตรา 40 สมาคมใดมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภค หรือต่อต้านการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้า และข้อบังคับของสมาคมดังกล่าวในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคณะกรรมการสมาชิก และวิธีการดำเนินการของสมาคมเป็นไปตาม เงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง สมาคมนั้นอาจยื่นคำขอให้คณะกรรมการรับรองเพื่อให้สมาคมนั้นมีสิทธิและอำนาจฟ้องตามมาตรา 41 ได้

การยื่นคำขอตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง การรับรองสมาคมตามวรรคหนึ่ง ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

สมาคมตามมาตรา 41³³ ใดนั้น ตั้งแต่พระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้บังคับจนกระทั่งปัจจุบัน ยังไม่บรรลุจุดประสงค์ของทั้งสองมาตรานี้ เนื่องจากยังไม่มีกฎกระทรวงออกมาในเรื่องหลักการ และวิธีการยื่นคำขอในเรื่องการจัดตั้งสมาคม สมาคมตามมาตรา 41 ที่จะร้องเรียนแทนผู้บริโภคนั้นจึงยังไม่เกิดขึ้น

ดังนั้นมาตรานี้แม้จะวางโครงสร้างไว้ว่ามีการเยียวยาความเสียหายโดยองค์กรเอกชนแทนผู้บริโภคได้ แต่ก็ไม่มีผลบังคับใช้ อีกทั้งแม้หากจะบังคับใช้ก็เป็นเพียงผู้บริโภคในมาตรา 3 เท่านั้น

3. ตามกฎหมายแม้จะมีบทบัญญัติในเรื่อง ผู้บริโภคที่ถูกละเมิดสิทธิที่ร้องขอมายังคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค และคณะกรรมการเห็นว่าการดำเนินคดีนั้นเป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการมีอำนาจแต่งตั้งพนักงานอัยการโดยความเห็นของอธิบดีกรมอัยการหรือข้าราชการในสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งมีคุณวุฒิไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีทางนิติศาสตร์ เป็นเจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคเพื่อให้มีหน้าที่ดำเนินคดีแพ่งและคดีอาญาแก่ผู้กระทำความผิดสิทธิของผู้บริโภคในศาล และเมื่อคณะกรรมการได้แจ้งไปยังกระทรวงยุติธรรมเพื่อแจ้งให้ศาลทราบแล้ว ให้เจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจดำเนินคดีตามที่คณะกรรมการมอบหมายได้ ในการดำเนินคดีในศาล เจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจฟ้องเรียกทรัพย์สิน หรือค่าเสียหายให้แก่ผู้บริโภคที่ร้องขอได้ด้วย โดยจะได้รับการยกเว้นค่าธรรมเนียมในการดำเนินคดีในศาล (มาตรา 39)

อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติ ยังไม่ปรากฏว่าคณะกรรมการเคยใช้อำนาจตามมาตรา 39 นี้เลย และแม้คณะกรรมการจะใช้อำนาจตามมาตรา 39 นี้ คำว่า "ผู้บริโภคที่ถูกละเมิด" ที่มีสิทธิจะร้องขอมาก็ยังคงเป็นผู้บริโภคตามบทนิยามศัพท์ ในมาตรา 3 อยู่นั่นเอง ดังนั้น การคุ้มครองตามกฎหมายจึงไม่กว้างขวางเท่าที่ควรจะเป็น

³³มาตรา 41 ในการดำเนินคดีเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคให้สมาคมที่คณะกรรมการรับรองตามมาตรา 40 มีสิทธิในการฟ้องคดีแพ่ง คดีอาญา หรือดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ ในคดีเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคได้มอบหมาย ให้เรียกค่าเสียหายแทนจากสมาชิกสมาคม

4. การดำเนินงานของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา เป็นการดำเนินงานในลักษณะการกำกับดูแล เจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติงานกำกับดูแลให้เป็นไปตามกฎหมายจึงมีไม่มากเพียงพอกับการกระทำผิดกฎหมายที่เกิดขึ้น จึงเป็นการสมควรที่รัฐจะให้ความสำคัญกับการจัดบุคลากรให้มากขึ้นในหน่วยงานดังกล่าว เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการกำกับดูแล

จากข้อบกพร่องของ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคข้างต้นทำให้ ผู้บริโภคมิได้รับความคุ้มครองจากการโฆษณาอันมิชอบด้วยกฎหมายเท่าที่ควรจะเป็นตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว และจะมีมาตรการใดหรือไม่ที่จะควบคุมผู้ประกอบการโฆษณาให้โฆษณาสินค้าหรือบริการ โดยมีความรับผิดชอบต่อสังคมและผู้บริโภคเท่าที่ควรโดยมากกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนี้ ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

3.5 ความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นว่าการผลิตผลงานโฆษณามี 2 รูปแบบ คือ ผู้ผลิต หรือเจ้าของสินค้าหรือบริการ หรือพ่อค้า (Business Sector) ทำการโฆษณาด้วยตนเองหรือว่าจ้างตัวแทนโฆษณาให้ผลิตผลงานโฆษณาให้ ความรับผิดชอบของผู้โฆษณา (ซึ่งหมายถึง ผู้ผลิต หรือพ่อค้าขายสินค้าหรือบริการ) ซึ่งทำการโฆษณาด้วยตนเองหรือลูกจ้าง และความรับผิดชอบของตัวแทนโฆษณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีดังนี้ คือ

ความรับผิดชอบของผู้โฆษณา (ผู้ผลิต ผู้แทนจำหน่าย พ่อค้าขายปลีก) ตัวแทนโฆษณาและเจ้าของสื่อโฆษณา

1. รับผิดชอบในทางสัญญา

ความรับผิดชอบของผู้โฆษณา

เกิดจากทฤษฎีความรับผิด ในทางสัญญา (Contractual Liability) เป็นความรับผิดในการผิดสัญญา (Breach of Contract) อันเนื่องมาจากการโฆษณานั้น ๆ ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของเรื่องค้ำประกันเกี่ยวกับสินค้า หรือบริการ (Warranty) ซึ่งถือหลักความรับผิดในเรื่องความสัมพันธ์ทางสัญญาโดยตรง (Privity of Contract) นั้น ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหาย เนื่องจากการผิดสัญญาอันเนื่องจากการโฆษณาสินค้าหรือบริการโดยผิดค้ำประกันสินค้าหรือ

บริการจะดำเนินการคดีต่อผู้โฆษณาได้จะต้องมีความสัมพันธ์ตามสัญญาซื้อขายหรือให้บริการ ซึ่งผู้ขายหรือผู้ให้บริการนั้น ๆ อยู่ในฐานะที่เป็นผู้ให้สัญญาและผิดคำรับประกันตามสัญญาต่อผู้บริโภคนั้น ๆ จึงต้องพิจารณาก่อนว่าผู้ให้คำโฆษณานั้น ๆ มีลักษณะเป็นผู้ให้คำเสนอหรือไม่

การผิดคำโฆษณาที่มีผลในทางสัญญาคืออะไร

การผิดคำโฆษณาในเรื่องนี้ก็คือ สินค้าหรือบริการนั้นมีสาระสำคัญ เช่น คุณภาพ คุณสมบัติ แหล่งกำเนิด ผิดไปจากที่ได้แจ้งแก่ผู้ซื้อหรือผู้รับบริการ หรือคือการผิดคำรับประกันสินค้าหรือบริการนั่นเองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งที่เป็นข้อกำหนดของสัญญา (ทั้งนี้ไม่ว่าจะทำการเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่) ซึ่งหากผู้โฆษณาผิดคำโฆษณาที่ได้ให้ต่อผู้บริโภคที่เป็นคู่สัญญาก็ถือว่าผิดสัญญาซื้อขายหรือจ้างทำของ (หากเป็นกรณีผิดคำโฆษณาในสัญญาให้บริการ) ในเรื่องการผิดคำรับประกันที่ผู้ขายได้ให้ไว้ต่อผู้ซื้อ เช่น ผู้ขายสัญญาว่าจะขายสินค้าที่มีคุณภาพดี หรือจะให้บริการที่ดีซึ่งผู้ขายอาจจะทำโฆษณา ประกาศโฆษณาเป็นการทั่วไปต่อสาธารณชนหรือบริการทั่วไปก็ได้ซึ่งถือว่าผู้ขายได้ให้คำเสนอขายสินค้าหรือบริการโดยมีข้อสัญญาเกี่ยวกับคุณภาพสินค้าหรือบริการด้วย³⁴

ในกรณีเช่นนี้ เมื่อผู้ซื้อหรือผู้รับบริการเข้าซื้อสินค้าหรือบริการนั้นโดยตรงก็มีผล เป็นการสนองรับอันก่อให้เกิดสัญญาซื้อขายหรือรับบริการกันขึ้นระหว่างกัน อันผู้ขายหรือผู้ให้บริการจะต้องผูกพันตามสัญญา ในกรณีนี้สาระสำคัญอยู่ที่ว่า คำเสนอที่ให้โดยการประกาศโฆษณานั้นต้องมีข้อความชัดเจนแน่นอนพอที่จะถือว่า เป็นข้อผูกพันในสัญญาได้ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งสนองรับ หากเป็นเพียงแต่กล่าวข้อความกว้าง ๆ ย่อมไม่พอจะเข้าใจได้ว่าจะมีข้อผูกพันอย่างไรบ้าง โฆษณาเช่นนั้นจึงยังไม่มีลักษณะเป็นคำเสนอได้³⁵ ซึ่งโดยปกติการโฆษณาถือว่าเป็นการจงใจหรือเผลอใจอาจเป็นการเชื่อเชิญให้บุคคลใดทำคำเสนอ ดังนั้นโดยตัวของมันเองแล้วยังไม่มีลักษณะเป็นคำเสนอได้

³⁴ จิตติ ดิงศภัทย์ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลเหตุแห่งหนึ่ง, โครงการตำราลำดับที่ 4 (กรุงเทพมหานคร โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523) หน้า 6, ไซยศ เหมะรัชตะ, "หลักกฎหมายสัญญาเปรียบเทียบ," วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์, ฉบับรวมบทความทางวิชาการอนุสรณ์ศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย (2523), 105, ดาวพฤษส์ (นามแฝง), "ค้ำฉันทสัญญา", "จุฬพาห", 4(3) (กรกฎาคม-สิงหาคม 2519), 37-38.

³⁵ จิตติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลเหตุแห่งหนึ่ง หน้า 6.

ตัวอย่างเช่น ผู้ขายประกาศโฆษณาต่อบุคคลทั่วไปว่า สินค้าของตนดีแต่ไม่บอกว่าเป็นอย่างไร ผู้บริโภคอยากได้สินค้านี้แล้วแม้ไม่โฆษณาผู้บริโภคก็ซื้อ เช่นนี้ย่อมถือไม่ได้ว่าการโฆษณาลักษณะนี้ถือเป็นส่วนหนึ่งของคำเสนอขายสินค้านั้นก่อให้เกิดสัญญาซื้อขายกรณีจะต่างกันหากเป็นเรื่องที่ผู้ขายประกาศโฆษณาต่อบุคคลทั่วไปว่า ขายยาประเภทหนึ่งและรับรองว่ายานี้มีสรรพคุณรักษาโรคไขหวัดใหญ่ได้ผลดีเมื่อใช้แล้วจะหายจากโรคและหากไม่มีสรรพคุณดังกล่าวผู้ขายจะรับผิดชอบสินค้านี้และแถมรางวัลด้วย เช่นนี้ ถือว่าผู้ขายได้เสนอขายและให้ข้อสัญญาด้วยว่า ยานี้มีคุณภาพดีอย่างไรบ้าง หรือเป็นทานองการโฆษณาในอดีตนั้นเอง เมื่อผู้บริโภคพบเห็นคำเสนอนั้นก็ซื้อมาใช้ เป็นการสนองรับคำเสนอของผู้ขายจึงเกิดสัญญาขึ้น แต่ปรากฏว่ายานี้ใช้แล้วไม่ได้ผลในการรักษาโรคไขหวัดใหญ่ ผู้ขายก็ต้องรับผิดชอบต่อผู้ซื้อตามสัญญาที่ตนได้ให้ต่อผู้ซื้อซึ่งผู้ขายหรือผู้ให้บริการจะต้องรับผิดชอบเพียงใดก็ขึ้นอยู่กับข้อความของโฆษณาตามข้อสัญญานั้น ๆ ว่าผู้ขายรับรอง รับประกันเพียงใดตามข้อโฆษณาของตน เช่น จะเปลี่ยนสินค้าคืนให้ หรือรับประกันเพียงจะซ่อมให้ในส่วนที่เสียหายส่วนอื่น ๆ จะไม่ชดเชยให้ หรือรับประกันให้โดยคิดค่าเปลี่ยนอุปกรณ์บางอย่าง หรือรับประกันให้ฟรีโดยไม่คิดมูลค่า หรือรับประกันในเวลาจำกัด เหล่านี้ก็ต้องเป็นไปตามที่ได้กำหนดกันเอาไว้ แต่หากไม่ได้กำหนดกันเอาไว้ ในกรณีที่โฆษณานั้น ถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา และไม่ปฏิบัติตามที่ได้โฆษณานั้น ย่อมถือว่าเป็นเรื่องผิดสัญญา ซึ่งโฆษณาเช่นนั้นเป็นคำเสนอและเป็นส่วนหนึ่งของสัญญานั้นเอง ในเรื่องนี้ศาลฎีกาได้เคยตัดสินไว้ว่า แม้ว่ามิได้เขียนข้อความคำพรรณาคคุณภาพตามที่ผู้ขายได้โฆษณาต่อผู้ซื้อไว้ในสัญญาก็ตาม แต่ผู้ขายก็ต้องผูกพันตามนั้น เพราะต่างถือเจตนาของคู่กรณีเป็นสำคัญ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2010/2500) ซึ่งศาลถือว่าแม้จะไม่ปรากฏข้อความตามคำโฆษณาในสัญญาก็ตาม แต่การนำเสนอถึงการโฆษณา เป็นการนำเสนออธิบายข้อความในสัญญาไม่เข้าการนำเสนอแก้ไขเอกสาร ไม่ต้องห้ามตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 84) (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1861/2535, 2216/2515 และ 3088/2526) จึงเห็นได้ว่าผู้ขายซึ่งเป็นคู่สัญญาจะอ้างว่าตนมิได้ระบุข้อความโฆษณานั้นไว้ในสัญญาและปฏิเสธความรับผิดชอบไม่ได้

การผิดคำโฆษณา ในส่วนของความรับผิดชอบทางสัญญานี้ ผู้ซื้อ หรือผู้รับบริการซึ่งเป็นผู้เสียหายจะเรียกค่าเสียหายหรือบอกเลิกสัญญาได้ในกรณีที่ตกลงให้เลิกสัญญาได้เฉพาะแต่กับผู้ขายหรือผู้ให้บริการซึ่งเป็นคู่สัญญาของตนเท่านั้น แต่เมื่อพิจารณากระบวนการจำหน่ายสินค้าในปัจจุบัน ผู้ซื้อไม่ได้ซื้อสินค้าที่โฆษณาจากผู้ผลิตซึ่งเป็นผู้โฆษณาโดยตรงเสมอไป ผู้ซื้ออาจซื้อสินค้าดังกล่าวจากผู้ขายทอดตลาด ๆ ไป (พ่อค้าปลีก) ซึ่งมีเขาเป็นผู้โฆษณาสินค้าซึ่งให้คำรับประกันสินค้านั้นดังกล่าว ดังนั้นผู้ซื้อจึงจะบอกเลิกสัญญากับพ่อค้าปลีก หรือเรียกค่าเสียหายจากพ่อค้าปลีกโดยถือว่าพ่อค้าปลีกผิดข้อสัญญาไม่ได้ และผู้ซื้อจะเรียกร้องเอาจากผู้ผลิตซึ่งเป็นผู้โฆษณาสินค้า และให้คำรับประกันนี้โดยอาศัย

หลักสัญญาซื้อขายก็ไม่ได้ เพราะมิใช่คู่สัญญาต่อกันตามหลักในเรื่อง Privity of contract ในเรื่องนี้จึงถือเป็นข้อบกพร่องที่ไม่สามารถคุ้มครองสิทธิของผู้ซื้อหรือผู้รับบริการได้เพียงพอ เพราะผู้บริโภคนั้นไม่สามารถที่จะฟ้องร้องเอาเรื่องต่อผู้กระทำการโฆษณาซึ่งมิใช่คู่สัญญาได้ แม้ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วผู้บริโภคได้ซื้อสินค้า เพราะเชื่อตามคำโฆษณาของผู้ผลิตสินค้า

ปัญหาที่กล่าวมามากเกิดขึ้นในปัจจุบัน ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า ผู้ทำการโฆษณาที่ปรากฏลักษณะที่ตีแก่สินค้าหรือบริการมักเป็นผู้อื่นซึ่งมิใช่คู่สัญญากับผู้บริโภค แต่ผู้บริโภคมักจะเชื่อโฆษณานั้น ๆ และเข้ามาทำสัญญากับพ่อค้าขายปลีก ซึ่งผู้บริโภคจะฟ้องร้องได้ก็เฉพาะแต่บุคคลที่เป็นคู่สัญญากับตนเองเท่านั้น ซึ่งผู้นั้นก็จะต้องเป็นผู้ที่รับรองรับประกันในตัวสินค้าหรือบริการอันทำให้ผู้ซื้อหรือผู้บริโภคเข้ามาทำสัญญาด้วย

การโฆษณาที่คำนัน

เนื่องจากโฆษณาโดยตัวของมันเองแล้วไม่ใช่คำเสนอ ดังนั้นโฆษณาในลักษณะนี้จึงไม่เป็นคำนันด้วย แต่ผู้ให้คำนันซึ่งอาจเป็นผู้ผลิต หรือพ่อค้าขายส่ง ซึ่งอาจจะไม่ใช่คู่สัญญาของผู้บริโภคอันทำให้ผู้บริโภคไม่สามารถฟ้องร้องได้ตามหลักในเรื่องสัญญา แต่ผู้ผลิต และพ่อค้าขายส่ง อาจจะต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องการโฆษณาที่มันของตนได้ หากเป็นเรื่องการโฆษณาสินค้าหรือบริการพร้อมกับได้ให้คำนันว่าจะให้รางวัลแก่ผู้กระทำการอันใดอันหนึ่ง เป็นคำนันที่ติดต่อสาธารณชนในลักษณะจูงใจหรือไขว่คว้า เช่น ผู้ประกอบกิจการรายหนึ่งโฆษณาว่า หากมีผู้เขียนเรียงความเข้าประกวดและคณะกรรมการตัดสินของตนตัดสินให้คนใดชนะประกวด ผู้คนนั้นจะได้รางวัล เป็นต้น ดังนั้นคำนันในลักษณะนี้จะถือว่าเป็นโฆษณาคำนันแล้ว เป็นส่วนที่กฎหมายได้บัญญัติเอาไว้เป็นการเฉพาะ ตั้งแต่มาตรา 362 ถึง 365 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในเรื่องนี้ มีข้อน่าสังเกตว่า ในกรณีที่ข้อความโฆษณาสินค้าหรือบริการประกาศว่า ผู้ประกอบธุรกิจจัดให้มีการแถมพหุหรือรางวัลด้วยการเสี่ยงโชค นั้น เนื่องจากมีกฎกระทรวงฉบับที่ 3 พศ. 2526 (และแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวงฉบับที่ 5 พศ. 2534) ออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พศ. 2522 ว่าจะต้องมีรายละเอียดเป็นไปตามกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว และต้องขออนุญาตต่อเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการพนันด้วย และการโฆษณาในลักษณะนี้มีข้อน่าพิจารณาว่ามิใช่คำนันว่าจะให้รางวัลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากคำนันว่าจะให้รางวัลนั้นจะต้องมีลักษณะอาการกระทำใดๆตอบแทนต่อผู้ให้คำนันตามที่ผู้ให้คำนันได้ตั้งเงื่อนไขไว้

จึงถือว่าเป็นการโฆษณาชวนเชื่อว่าจะให้รางวัลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งผู้โฆษณาจะต้องรับผิดชอบตามที่ตนได้ให้คำมั่นไว้ แม้ทั้งที่ไม่มีนิติสัมพันธ์ในเชิงสัญญาต่อกันก็ตาม

ในความรับผิดชอบทางสัญญานั้น เนื่องจากการโฆษณานั้น ผู้ให้คำโฆษณาจะต้องผูกพันในลักษณะสัญญา ดังนั้นการผิดคำโฆษณาที่จะเรียกร้องแก้กันได้จะต้องเป็นการผิดคำโฆษณาในลักษณะเป็นคำเสนอหรือส่วนหนึ่งของคำเสนอ และเมื่อคู่กรณีได้ทำคำสนองรับแล้ว ผู้ที่มีสัญญาต่อกันเท่านั้นที่จะเรียกร้องกันได้ (หลัก Privity of Contract) เช่น ผู้ผลิตต้องรับผิดชอบต่อพ่อค้าขายส่ง พ่อค้าขายส่งต้องรับผิดชอบต่อพ่อค้าขายปลีก และพ่อค้าขายปลีกต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภค ซึ่งถือเป็นข้อจำกัดข้อในการเยียวยาผู้เสียหายจากการนี้ ทั้ง ๆ ที่ในความเป็นจริงแล้วผู้บริโภคซื้อสินค้าหรือบริการเนื่องจากภาพลักษณ์ของสินค้าหรือบริการที่ได้รับการโฆษณาโดยผู้ผลิตหรือผู้แทนจำหน่าย (พ่อค้าขายส่ง) ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจทางการตลาดที่คิดว่าผู้ขายสินค้าหรือบริการ ดังนั้น การรับผิดชอบในทางสัญญาก็ยังมีข้อจำกัด ในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคจาก ต้องอาศัยความสัมพันธ์ตามสัญญาซึ่งบางกรณีผู้บริโภคตามความเป็นจริงก็มีใช้สัญญาอีกจึงไม่อาจได้รับการเยียวยาชดเชยความเสียหายโดยอาศัยหลักความรับผิดชอบในทางสัญญาได้ ผู้เขียนจะไม่ขอก้าวถึงในส่วนของความรับผิดชอบของผู้ขายต่อความชำรุดบกพร่องของสินค้า เนื่องจากในส่วนนี้แม้จะมีการโฆษณาสินค้าเข้ามาเกี่ยวข้อง หรือไม่ก็ตามเป็นเรื่องที่ผู้ขายจะต้องรับผิดชอบต่อผู้ซื้ออยู่แล้วหากเกิดการชำรุดบกพร่องของสินค้าจึงเป็นเรื่องการศึกษาในเชิงความรับผิดชอบของผู้ผลิตสินค้าไป³⁶

ความรับผิดชอบของตัวแทนจำหน่ายหรือพ่อค้าปลีก

ปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไปคือ ในกรณีที่ผู้ขายสินค้าได้พูดรณรงค์ให้ผู้ซื้อให้ซื้อสินค้าโดยโฆษณาสินค้านั้นตามข้อความที่ผู้ผลิตหรือผู้แทนจำหน่ายได้โฆษณา และผู้ซื้อได้ตกลงเข้าทำสัญญาซื้อสินค้านั้นจากผู้ขาย ในกรณีเช่นนี้ความรับผิดชอบของผู้ขายสินค้าหรือบริการต่อผู้ซื้อหรือผู้รับบริการในทางสัญญา จะต้องคำนึงว่าผู้ขายสินค้าหรือบริการได้ให้โฆษณาแก่คู่สัญญาของตนโดยเชื่อโดยสุจริตว่าสินค้านั้น ๆ มีคุณภาพ ตามที่ผู้ผลิตได้โฆษณาไว้หรือไม่ ในเรื่องนี้เนื่องจากผู้ซื้อหรือผู้รับบริการเชื่อในคำโฆษณาของคู่สัญญาของตนจึงได้เข้าทำสัญญา ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าการเรียกร้องให้ผู้ขายหรือผู้ให้บริการรับผิดชอบ จึงไม่ต้องคำนึงถึงว่าผู้ขายหรือผู้ให้บริการรู้หรือไม่ว่าคำโฆษณาของ

³⁶ปิยกุล บุญเพิ่ม, ความรับผิดชอบในการผลิต และจำหน่ายสินค้า วิทยานิพนธ์

ปริญญานิติศาสตรบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524.

ผู้ผลิตนั้นเป็นจริงหรือไม่ซึ่งเมื่อผู้ขายหรือผู้ให้บริการได้ชดเชยค่าเสียหายตามสัญญาแก่คู่สัญญาของตนแล้วผู้ขายหรือผู้ให้บริการก็สามารถอาศัยสิทธิในทางสัญญาเพื่อไล่เบียดเอากับผู้ผลิตหรือผู้แทนจำหน่ายที่ขายสินค้าให้กับตนได้ และยังสามารถฟ้องว่าผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายผิดสัญญาโดยให้คำโฆษณาสินค้าที่เป็นเท็จกับตน ทว่าให้ตนเข้าทำสัญญาซื้อขายสินค้าด้วยหรือฟ้องในลักษณะเดียวกับผู้บริโภคหรือผู้ซื้อที่ฟ้องตนเอง

ข้อสังเกตว่าความรับผิดชอบของผู้ขาย หรือผู้ให้บริการอันเกิดจากการให้คำโฆษณาที่ผิดพลาดแม้ทั้งนี้อวด รู้หรือไม่รู้ว่าสินค้านั้นมีคุณภาพเช่นนั้นจริงหรือไม่ ซึ่งทำให้เกิดผลเป็นการผิดสัญญาหรือตกลงให้ผู้ซื้อบอกเลิกสัญญา และเรียกค่าเสียหายได้นั้น นำพิจารณาว่าความรับผิดชอบดังกล่าวหากเป็นการกระทำโดยผู้ซื้อที่ถือว่าเป็นตัวแทนของผู้ขาย หรือผู้ให้บริการแล้ว จะถือว่าผู้ขายหรือผู้ให้บริการต้องรับในผลที่ตัวแทนของตนก่อไว้ หรือไม่

ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าเนื่องจากการเป็นตัวแทนจะเป็นรายการแสดงออกชัดเจน หรือโดยปริยายก็ได้ (มาตรา 797 ปพพ.) เว้นแต่กิจการที่กฎหมายบัญญัติว่าต้องทำเป็นหนังสือการแต่งตั้งตัวแทนก็ต้องทำเป็นหนังสือด้วย จึงเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นมุ่งหมายที่จะคุ้มครองบุคคลอื่นซึ่งเป็นบุคคลภายนอกของสัญญาตัวแทนนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าถ้าผู้ซื้อหรือผู้รับบริการเข้าทำสัญญากับผู้ขายหรือตัวแทนของผู้ขายโดยสุจริต (มาตรา 5 ปพพ.) แล้วผู้ซื้อหรือผู้รับบริการควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายด้วย ดังนั้นการกระทำของตัวแทนจึงผูกพันตัวการด้วยซึ่งตัวการกับตัวแทนจะไปไล่เบียดกันอย่างไรก็เป็นอีกเรื่องหนึ่ง

ตัวอย่างเช่น นาย ก ยืนอยู่หน้าแผงขายสินค้าของนาย ข นาย ค เดินเข้ามาเพื่อซื้อสินค้าในแผง นาย ค อาจจะรู้หรือไม่รู้ก็ได้ว่านาย ข เป็นเจ้าของร้านหรือไม่เป็นเจ้าของร้าน แต่นาย ข มีความเชื่อว่านาย ข สามารถขายสินค้าให้ตนได้ จึงถามสรรพคุณของสินค้ากับนาย ข นาย ข บอกกล่าวสรรพคุณ และรับรองคุณภาพของสินค้า แม้นาย ข ผู้กล่าวสรรพคุณอาจจะรู้หรือไม่รู้ว่าจริงหรือเท็จก็ตาม นาย ค เชื่อจึงซื้อสินค้าไป เรื่องนี้ถือว่าเป็นเรื่องผิดข้อกำหนดของสัญญา และตัวการต้องผูกพันตามสัญญาซื้อขายนั้น

ดังนั้นในทางสัญญา ผู้โฆษณาที่จะเป็นผู้รับผิดชอบได้จะจำกัดแต่เพียงผู้ที่เป็นคู่สัญญาของผู้ซื้อหรือผู้รับบริการเท่านั้น ผู้โฆษณาที่เป็นผู้ผลิตหรือพ่อค้าขายส่งที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาด้วย จึงไม่สามารถเป็นผู้รับผิดชอบโดยอาศัยทฤษฎีความรับผิดชอบตามสัญญาได้ ซึ่งการเรียกร้องให้ผู้ขายรับผิดชอบในค่า

เสียหายนี้ อาจจะได้รับเป็นจำนวนน้อยไม่คุ้มกับค่าเสียหาย เมื่อเทียบกันหากสามารถเรียกร้องให้ผู้ผลิตเป็นผู้ชดเชยค่าเสียหายได้ เพราะผู้ผลิตมีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีกว่า

ความรับผิดของตัวแทนโฆษณาและเจ้าของสื่อโฆษณา

ก. ความรับผิดต่อผู้บริโภค

แม้ว่าตัวแทนโฆษณาจะเป็นผู้ที่จัดทำรายการโฆษณาสินค้าให้แก่ผู้ผลิตและเจ้าของสื่อโฆษณาจะเป็นผู้เผยแพร่โฆษณานั้นสู่สายตาของผู้บริโภคก็ตาม แต่ตัวแทนโฆษณาและเจ้าของสื่อโฆษณามีใช่เป็นผู้ขายสินค้านั้น ตัวแทนโฆษณาและเจ้าของสื่อโฆษณาจึงไม่มีนิติสัมพันธ์ทางสัญญาใด ๆ กับผู้ซื้อสินค้า ผู้ซื้อสินค้าซึ่งเป็นผู้บริโภคจึงจะอาศัยสิทธิตามสัญญาซื้อขายเพื่อฟ้องเรียกค่าเสียหายจากตัวแทนโฆษณา และเจ้าของสื่อโฆษณาไม่ได้ ดังนั้นจึงกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ตัวแทนโฆษณาและเจ้าของสื่อโฆษณาไม่มีความรับผิดต่อผู้บริโภคตามหลักสัญญา

ข. ความรับผิดต่อผู้โฆษณา

นิติสัมพันธ์ระหว่างตัวแทนโฆษณา และเจ้าของสื่อโฆษณากับผู้โฆษณาอาจเป็นนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างทำของ หรือสัญญาตัวแทนก็ได้ ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป ตามที่กล่าวข้างต้นว่าตัวแทนโฆษณา และเจ้าของสื่อโฆษณาไม่มีความรับผิดทางสัญญาต่อผู้บริโภคนั้น ตัวแทนโฆษณาและเจ้าของสื่อโฆษณานี้ อาจมีความรับผิดทางสัญญาต่อผู้โฆษณาตามสัญญาจ้างทำของหรือสัญญาตัวแทนก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อตกลงระหว่างผู้โฆษณากับตัวแทนโฆษณาหรือเจ้าของสื่อโฆษณา เช่น ตัวแทนโฆษณาอาจตกลงกับผู้โฆษณาว่าการที่ตนจัดทำโฆษณาสินค้าให้ นั้น ถ้าผู้โฆษณาถูกผู้บริโภคเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ แล้ว ตนจะชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้โฆษณา ในกรณีเช่นว่านี้ถ้าผู้โฆษณาต้องรับผิดต่อผู้บริโภคประการใดแล้ว ผู้โฆษณาก็สามารถเรียกร้องให้ตัวแทนโฆษณารับผิดต่อตนได้ตามข้อสัญญาระหว่างกัน

ปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไปคือ ในกรณีที่ตัวแทนโฆษณาหรือเจ้าของสื่อโฆษณาไม่มีข้อตกลง เช่นที่กล่าวข้างต้นกับผู้โฆษณาอย่างแจ้งชัด แต่การที่ตัวแทนโฆษณา หรือเจ้าของสื่อโฆษณาซึ่งเป็นผู้คิดสร้างสรรค์ และจัดทำโฆษณาขึ้นโดยที่ผู้โฆษณาเชื่อถือและไว้วางใจในการประกอบวิชาชีพของตัวแทนโฆษณาหรือเจ้าของสื่อโฆษณา จึงมิได้ตรวจสอบข้อความหรือภาพลักษณ์ที่น่าเสอนั้น

และโฆษณาดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ประกอบการอื่น หรือผู้บริโภค

ตัวอย่างเช่น โฆษณาน้ำมันไร้สารตะกั่ว โดยปรากฏภาพโฆษณาน้ำมันยี่ห้อหนึ่งมา
 วิ่งแข่งกับรถอียี่ห้อหนึ่งซึ่งเป็นคนละขนาดและราคาต่างกันมาก โดยให้รถทั้งสองวิ่งแข่งกัน ดังนั้นมี
 ข้อน่าคิดว่าการออกโฆษณาเช่นนี้ผู้ขายและผู้บริโภค ผู้กระทำการโฆษณาทั้งผู้โฆษณาและตัวแทนโฆษณา
 ซึ่งเป็นผู้คิดลักษณะการโฆษณาเปรียบเทียบการวิ่งแข่งของรถต่างสกุลกัน เป็นการไม่สมควรเปรียบเทียบ
 เช่นนี้ เพราะจะทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดคิดว่ารถสกุลที่วิ่งแพ้ในโฆษณานั้นเป็นรถสกุลที่วิ่งช้ากว่า
 รถสกุลที่วิ่งชนะ อีกทั้งยังปรากฏคำสร้างสรรค์โฆษณาว່ารถสกุลที่วิ่งชนะเป็นรถสกุลที่วิ่งเร็วที่สุดในโลก
 ซึ่งถือว่าไม่จริงเพราะรถที่วิ่งเร็วที่สุดในโลกคือรถอื่นอีกยี่ห้อหนึ่ง ถ้ากรณีดังกล่าวผู้โฆษณา
 ต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ประกอบการซึ่งจำหน่ายรถยนต์อียี่ห้อหนึ่ง หรือได้มีผู้บริโภคร้อง
 เรียนคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งทำให้ผู้โฆษณาจำต้องเปลี่ยนแปลงการโฆษณานั้นและเกิด
 รายจ่ายเพิ่มขึ้น ผลจะเป็นเช่นใด

ในกรณีตามตัวอย่างนี้ ผู้เขียนเห็นว่าผู้โฆษณามีสิทธิที่จะเรียกค่าเสียหายจากตัวแทน
 โฆษณาหรือเจ้าของสื่อโฆษณาที่เป็นผู้จัดทำโฆษณาดังกล่าวได้ เพราะถือว่าตัวแทนโฆษณาหรือ
 เจ้าของสื่อโฆษณาได้ทำผิดสัญญาจ้างทำของ หรือสัญญาตัวแทน เนื่องจากการบกพร่องต่อหน้าที่ตาม
 สัญญาแม้ว่าสัญญาจะไม่ได้ระบุหน้าที่ของตัวแทนโฆษณาหรือเจ้าของสื่อโฆษณาก็ตาม ทั้งนี้เพราะถือ
 ได้ว่าตัวแทนโฆษณาหรือเจ้าของสื่อโฆษณานั้นเป็นผู้มีวิชาชีพเฉพาะในการประกอบกิจการชนิดนี้ ตัว
 แทนโฆษณาหรือเจ้าของสื่อโฆษณาจึงต้องมีความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ในวิชาชีพที่ได้รับมอบ
 หมายให้ถูกต้อง การที่ตัวแทนโฆษณาหรือเจ้าของสื่อจัดทำโฆษณาโดยไม่ชอบ จึงถือว่าบุคคลดังกล่าว
 ทำผิดสัญญาและถือเป็นการไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ตามสัญญา
 จ้างทำของหรือสัญญาตัวแทน (แล้วแต่กรณี) ผู้โฆษณาจึงเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย
 จากบุคคลดังกล่าวได้ตามมาตรา 215 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2. รับผิดชอบทางละเมิด

ความรับผิดชอบของผู้โฆษณา

ความรับผิดชอบทางละเมิด ตามหลักละเมิดทั่วไปความตามมาตรา 420 แห่งประมวล
 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ผู้โฆษณาจะผิดฐานละเมิดได้นั้นข้อสำคัญคือผู้นั้นจะต้องเข้าองค์

ประกอบตามมาตรา 420 ดังนี้ คือ

- ก. จะต้องกระทำการโฆษณาอันโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
- ข. กระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย
- ค. บุคคลอื่นได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ออนามัย เสรีภาพ และสิทธิอื่น ๆ
- ง. มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ

การกระทำอันเป็น "ละเมิด" หมายถึง การกระทำให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นโดยไม่มีสิทธิหรือที่เรียกว่า "ล่วงสิทธิ ผิดหน้าที่" (Breach of Duty) เป็นการล่วงล้ำเข้าไปทำให้เสียหายต่อสิทธิของผู้อื่นอันตนที่มีหน้าที่จักต้องเคารพในสิทธินั้นจึงเท่ากับผิดหน้าที่ในขณะเดียวกัน³⁷

การกระทำรวมถึงการงดเว้นการกระทำด้วย ในกรณีที่จะต้องป้องกันผลมิให้เกิดผลเสียขึ้น ซึ่งอาจเป็นหน้าที่ตามสัญญาหน้าที่อื่นเกิดจากความสัมพันธ์ตามข้อเท็จจริง และหน้าที่อื่นเกิดจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

การโฆษณาที่จะเป็นความผิดฐานละเมิดได้นั้น จะต้องเป็นการกระทำที่เข้าองค์ประกอบทั้ง 4 อย่างข้างต้น คือ มีทั้งข้อ ก-ง.

ปัญหาที่เกิดขึ้นในเรื่องนี้เกิดจากคำว่า "กระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย" เนื่องจากการโฆษณาที่ผู้เสียหายจะเรียกร้องให้ผู้โฆษณารับผิดได้ นั้น จะต้องเป็นการโฆษณาที่ผิดต่อกฎหมาย ซึ่งนั่นหมายถึงต้องมีกฎหมายรองรับการโฆษณานั้น ๆ นั้นเอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง จะต้องมีการทำผิดหน้าที่ตามกฎหมายนั้น ๆ ที่มารองรับ เช่น ตาม พรบ.คุ้มครองผู้บริโภค

³⁷ สุขุม สุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2532), หน้า 12.

พ.ศ. 2522 พรบ. ยา พ.ศ. 2510 (แก้ไขเพิ่มเติม) พรบ. อาหาร พ.ศ. 2522 พรบ. วัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 พรบ. เครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 เป็นต้น ดังนั้นหากผู้กระทำการโฆษณาฝ่าฝืนในเรื่องการโฆษณาตามที่กฎหมายนั้น ๆ ได้บัญญัติเอาไว้ หากได้ความว่าเข้าองค์ประกอบครบถือว่าเป็นละเมิดต่อผู้เสียหาย

ตัวอย่างเช่น ผู้กระทำการโฆษณามีหน้าที่ตาม พรบ. คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 คือหน้าที่ที่จะต้องไม่ใช้ข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรม หรือใช้ข้อความก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม เป็นต้น หรือตาม พรบ. ยา พ.ศ. 2510 (แก้ไขเพิ่มเติม) 91 ผู้กระทำการโฆษณา มีหน้าที่ ตามมาตรา 88 มาตรา 88 ทวิ มาตรา 89 มาตรา 90 หรือตาม พรบ. อาหาร พ.ศ. 2522 (แก้ไขเพิ่มเติม) ผู้กระทำการโฆษณามีหน้าที่ตามมาตรา 40 มาตรา 41 มาตรา 42 หรือหน้าที่ตาม พรบ. วัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 มีหน้าที่ตามมาตรา 51 ตาม พรบ. เครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 มีหน้าที่ตามมาตรา 37 ซึ่งหากผู้กระทำการโฆษณาฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่และทำให้เกิดความเสียหายโดยไม่มีสิทธิซึ่งถือว่าเป็นการล่วงล้ำเข้าไปทำให้เสียหายต่อสิทธิของผู้อื่น อันตนมีหน้าที่ต้องเคารพ ในสิทธิอันจึงเท่ากับผิดหน้าที่ในขณะเดียวกัน

ดังนั้นหากเป็นการกระทำโฆษณาโดยล่วงละเมิดต่อกฎหมายอื่น ๆ อันผู้โฆษณามีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายนั้น ๆ ต้องถือว่าผู้โฆษณาละเมิด

ในเรื่องนี้มีข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือ ในหลักทั่วไปเรื่องละเมิดนั้นได้คุ้มครองในเรื่องของสิทธิของบุคคลไว้ด้วย ซึ่งบุคคลมีสิทธิที่จะป้องกันชื่อเสียงเกียรติคุณของตนเอง (Right of Privacy) ดังนั้นหากผู้ถูกทำเสียหายสามารถพิสูจน์ความเสียหายได้ ผู้ที่กล่าวความจริงแต่ทำให้เขาเสียหายนั้นก็ต้องชดเชยค่าเสียหายนั้นด้วย (มาตรา 420)

ตัวอย่างเช่น ยาสีฟัน X โฆษณาว่า ยาสีฟัน X มีฟลูออไรด์ป้องกันฟันผุ แต่ยาสีฟัน Y ซึ่งถูกยกขึ้นมาเปรียบเทียบ (แต่ไม่ระบุชื่อ และบุคคลที่พบเห็นย่อมทราบว่าเป็นยาสีฟัน Y) นั้น มีแต่กลีเซอรีนซึ่งไม่ช่วยป้องกันฟันผุ แม้เรื่องนี้จะจริงแต่ยาสีฟัน Y สูญเสียชื่อเสียงเกียรติคุณของการทำมาหาได้ และพิสูจน์ได้ว่าสูญเสียรายได้ยอดขายลดลง (economic loss) ดังนั้น ยาสีฟัน Y สามารถฟ้องยาสีฟัน X ได้ กรณีนี้ค่อนข้างเห็นได้ชัดว่าเป็นละเมิดตามมาตรา 420 อย่างไรก็ตาม ละเมิดในกรณีทานองนี้เป็นเรื่องที่ไม่เห็นได้ชัดเพราะเป็นเรื่องของคู่



แห่งทางการค้าที่มีความเสียหายแก่สิทธิซึ่งมีตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักของรายได้ย่อมเรียกเรื่องได้อย่างเห็นได้ชัด³⁸

ปัญหา คือ หากเป็นเรื่องความเสียหายจากการโฆษณาอันเป็นเท็จ แต่ผู้เสียหายเป็นประชาชนทั่วไปจะฟ้องผู้โฆษณาเพราะละเมิดได้หรือไม่

ตัวอย่างเช่น คอนโดมิเนียม ก. โฆษณาว่า โครงการคอนโดมิเนียมของตนซึ่งอยู่เชียงใหม่สร้างเสร็จแล้ว และผู้ซื้อแต่ละห้องจะได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนกลางด้วย คือ สระว่ายน้ำ สนามเทนนิส สนามกอล์ฟ สนามสกีช นาย เอ. อยู่กรุงเทพฯ ทราบความจากโฆษณาดังกล่าวจึงเดินทางไปดูห้องชุดที่โครงการหากเป็นจริงตามโฆษณา นาย เอ. ตั้งใจว่าจะซื้อ แต่ปรากฏว่าความเป็นจริงโครงการนี้ไม่ให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนกลางตามที่โฆษณา แต่ให้เพียงสิทธิพิเศษในการใช้สอยทรัพย์สินตามที่ระบุเท่านั้น โดยการชำระเงินครึ่งราคา และสนามสกีชก็ไม่มีตามที่ปรากฏในโฆษณา เรื่องนี้ นาย เอ. จะเรียกค่าเสียหายที่ตนได้เสียไปจริงจากคอนโดมิเนียม ก. ได้หรือไม่ ในฐานะละเมิด

จะต้องพิจารณา คำว่า "สิทธิ" ตามมาตรา 420 นั้น หมายถึงสิทธิที่เป็นบุคคลสิทธิ ทรัพย์สิน (ทรัพย์สินจะพิจารณาจากทรัพย์สินอันเป็นหลักของรายได้ หรือหมายรวมถึงสิทธิอื่น ๆ ที่มีกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้) ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าจะต้องวิเคราะห์ก่อนว่าหากสิทธิดังกล่าวหมายถึงเพียงทรัพย์สิน หรือบุคคลสิทธิ คอนโดมิเนียม ก. ก็ไม่ผิดฐานละเมิด แต่หากสิทธิตามมาตรา 420 หมายถึงทั้งบุคคลสิทธิ ทรัพย์สินและสิทธิอื่น ๆ ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ คอนโดมิเนียม ก. ก็ผิดฐานละเมิด เนื่องจาก คอนโดมิเนียม ก. มีหน้าที่ที่จะต้องเคารพสิทธิของ นาย เอ. เนื่องจาก นาย เอ. มีสิทธิ ตามกฎหมายพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค มาตรา 4(1) สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณณาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ซึ่งในเรื่องนี้เดิมเคยมีผู้เห็นกันว่าสิทธิอื่นใดตามมาตรา 420 นั้น หมายถึงเพียงแค่สิทธิในทรัพย์สิน แต่แนวคิดนี้ได้ถูกลบล้างไปแล้วเนื่องจากมีการตัดสินใจแน่ชัด (คำพิพากษาศาลฎีกา 152/2523 ที่วินิจฉัยว่า สิทธิตามสัญญาถูกบุคคลภายนอกสัญญาทะเลาะเมิดได้)

³⁸สมรัชค เจริญลาภ, ละเมิดโดยประมาทเล็กน้อย, บทบัญญัติ, เล่ม 34 ตอน 4, ปี 2520 หน้า 538-562.

และหากสิทธิตามมาตรา 420 นี้เป็นเพียงทรัพย์สินและบุคคลสิทธิเท่านั้น คอนโดมิเนียม ก. ก็ไม่ต้องรับผิด เพราะนาย เอ. และ คอนโดมิเนียม ก. ก็ยังไม่มีนิติสัมพันธ์ใด ๆ ต่อกันอันจะถือว่ามีบุคคลสิทธิต่อกันได้ แต่เนื่องจากสิทธิตามมาตรา 420 นี้หมายถึงทั้ง บุคคลสิทธิ ทรัพย์สินสิทธิ และสิทธิอื่น ๆ อันมีกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้³⁹

ศาลฎีกา (คำพิพากษาฎีกาที่ 124/2487) ได้อธิบายคำว่าสิทธิ ตามมาตรา 420 ไว้ว่า "พูดถึงสิทธิ หากจะกล่าวโดยย่อและรวบรัดแล้วก็ได้แก่ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่ แต่

ประโยชน์จะเป็นสิทธิหรือไม่ต้องแล้วแต่ว่า บุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพหรือไม่ ถ้าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพประโยชน์นั้นก็เป็สิทธิ"

การกระทำของคอนโดมิเนียม ก. จะถือว่าล่วงละเมิดสิทธิของนาย เอ. แล้วหรือไม่ตามมาตรา 420 ในเรื่องนี้จะต้องพิเคราะห์ต่อไปคือ การที่ผู้บริภคมีสิทธิตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคนั้น จะก่อให้เกิดหน้าที่⁴⁰ แก่ผู้กระทำการโฆษณา อันจะต้องระมัดระวังในการกระทำการไม่ให้ล่วงละเมิดสิทธิหรือมีหน้าที่อันจะต้องระมัดระวัง (Duty of Care) ในการโฆษณาของตนมิให้ล่วงสิทธิของผู้บริโภคหรือไม่

ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าการโฆษณานั้นเป็นเรื่องซึ่งกระทำต่อบุคคลทั่วไปและเขาเหล่านั้น ไม่มีโอกาสที่จะสอบถามข้อสงสัยใด ๆ ได้ ต่างจากกรณีตามสัญญา ซึ่งคู่กรณีสามารถสอบถามข้อสงสัยใด ๆ ก็ได้ ดังนั้นกรณีนี้ผู้กระทำการโฆษณาจึงต้องมีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังซึ่งผู้กระทำการโฆษณาควรคาดเห็นได้ตามหลักวิญญูชน (Reasonable Man) ว่าอาจเกิดความเสียหายแก่คนดูโฆษณาได้ จึงถือว่าเป็นการทำล่วงสิทธิผิดหน้าที่แล้ว ส่วนค่าเสียหายจะเรียกร้องให้ชดใช้กันเป็นจำนวนเท่าใดนั้นเป็นเรื่องที่ นาย เอ. ต้องสืบให้ศาลเห็นว่า นาย เอ. เสียหายไปจริง และที่สำคัญจะต้องสืบให้เห็นชัดว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลจริง ๆ

³⁹ สุขุม สุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, พ.ศ. 2532, หน้า 26-27.

⁴⁰ ธีรพันธุ์ รัศมีทัต, นโยบายและหลักเกณฑ์ในการควบคุมการโฆษณาสินค้าที่อาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภค, วารสารอัยการ, ปีที่ 4 ฉบับที่ 37 มกราคม, 2524 หน้า 27.

กล่าวคือ นาย เอ. ไปเขียนรายเพราะต้องการจะไปซื้อคอนโดมิเนียม ก. จริง ๆ ซึ่งเรื่องของ นาย เอ. นี้ต่างจากเรื่องของการโฆษณาอ้างของยาสีฟันข้างตัน ซึ่งเป็นเรื่องที่ค่อนข้างจะเห็น ได้ชัดว่าเป็นความเสียหายอันเกิดจากรายได้ที่ลดลง นั่นเอง (คดี Colgate VS Darkie ได้ ตกลงประนีประนอมกัน แต่ศาลได้สั่งห้าม Colgate โฆษณาในลักษณะดังกล่าวข้างต้น ซึ่งแสดงว่า สิทธิในการค้าของ Darkie ได้ถูกรับรองตามกฎหมายมิให้ผู้ใดละเมิดนั่นเอง)

การโฆษณาที่ฝ่าฝืนต่อความเป็นจริง

ตัวอย่างเช่น บริษัทประกันชีวิต ก. ได้โฆษณาบริษัทตนเองว่า เป็นบริษัทไทยที่ซื้อสัตย์ ต่อลูกค้าตลอดมา แม้ช่วงระยะเวลาสงครามโลกซึ่งบริษัทประกันชีวิตต่างชาติในประเทศไทยได้ ถอนตัวจากการลงทุน กลับประเทศของตนจนหมด บริษัทประกันชีวิตไทยก็ยังคงดำเนินกิจการอยู่ใน ขณะนั้นมิได้ล้มเลิกกิจการ ต่างกับบริษัทต่างด้าว นั้น แสดงให้เห็นโดยเปรียบเทียบว่าบริษัทตนซื้อ สัตย์ แต่บริษัทต่างด้าวนั้นมิได้ซื้อสัตย์ต่อประชาชนที่เป็นลูกค้า ซึ่งในเรื่องนี้ผู้พบเห็นหรือได้ยินจะ ทราบได้โดยทันทีว่า บริษัทที่ถูกโฆษณาเปรียบเทียบนั้นหมายถึงบริษัทใด ซึ่งหากเรื่องที่โฆษณาไม่ เป็นความจริง กล่าวคือ การถอนตัวจากการลงทุนกลับต่างประเศนั้นมิได้เกิดจากการไม่ซื้อสัตย์ ต่อลูกค้า แต่อาจเกิดจากเหตุแทรกซ้อนอื่น ๆ ที่มีในเรื่องไม่ซื้อสัตย์ เช่น ภาวะช่วงนั้นประเทศ ไทยได้เพิกถอนใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิตของคนต่างด้าว เป็นต้น ย่อมถือไม่ได้ว่าเป็น เรื่องไม่ซื้อสัตย์ ดังนั้นการโฆษณาของบริษัทประกันชีวิต ก. ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 423⁴¹

ข้อควรระวังในการโฆษณาเรื่องจริง

ปัญหาที่มักเกิดขึ้นในกรณีโฆษณา คือ การโฆษณาเรื่องจริงแต่เกิดความเสียหายแก่บุคคล อื่น จะเอาผิดผู้โฆษณาได้หรือไม่ เช่น คอนโดมิเนียม ก. และคอนโดมิเนียม ข. ตั้งอยู่ตรงข้าม กัน คอนโดมิเนียม ก. ขายดีกว่าคอนโดมิเนียม ข. มาก คอนโดมิเนียม ข. จึงปักป้ายประกาศ

⁴¹มาตรา 423 บัญญัติว่า ผู้ใดกล่าวหรือโฆษณาหรือเผยแพร่หลายซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนต่อความ จริง เป็นที่เสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของบุคคลอื่นก็ดีหรือเป็นที่เสียหายแก่ทางทามาหาได้ หรือทางเจริญของเขาโดยประการอันกีดกันว่าผู้นั้นจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เขาเพื่อ ความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่การนั้น แม้ทั้งเมื่อตนมิได้รู้ข้อความนั้นไม่จริง แต่หากควรจะได้

ว่าชายถูกกว่าฝั่งตรงข้าม 50,000 บาท เช่นนี้ ก. ในข้อหาจะฟ้องคดีต่อ ข. ว่าละเมิดต่อ ก. ได้หรือไม่ เรื่องนี้ ต้องพิเคราะห์ตามมาตรา 420 ในถ้อยคำตามองค์ประกอบข้อ ข. "กระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย" ซึ่งแม้ว่าจะเข้าองค์ประกอบทั้ง 3 ข้อแล้วแต่ในเรื่องนี้หาก ข. ชายถูกกว่า 50,000 บาทจริงการโฆษณาเรื่องจริงไม่เป็นความผิดตามกฎหมายอีกทั้งไม่เข้าข่ายเรื่องละเมิดสิทธิในชื่อเสียงเกียรติคุณ ดังนั้น จึงถือไม่ได้ว่า ข. กระทำละเมิดต่อ ก.

ดังนั้นการกล่าวเรื่องจริงหากไม่ละเมิดชื่อเสียงเกียรติคุณของบุคคลอื่น จึงไม่ถือเป็นความผิดฐานละเมิดตามมาตรา 423 (แต่หากเป็นการทำให้ชื่อเสียงของผู้เสียหายโดยประการอื่นก็เป็นละเมิดตามมาตรา 420)

ปัญหาเรื่องการโฆษณาเรื่องจริงมีข้อสังเกต คือ การกล่าวถึงผู้อื่นตามความจริงไม่ผิดกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการโฆษณาและไม่ก่อให้เกิดความรับผิดทางแพ่งที่จะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทน (เว้นแต่จะเข้าหลักเกณฑ์ในเรื่องละเมิด Right of Privacy ข้างต้น) ทั้งนี้ตามมาตรา 423 กล่าวคือ

การกล่าวหรือโฆษณาแพร່หลายซึ่งเป็นการกระทำนั้น หมายถึง การแสดงข้อความใด ๆ ให้บุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอก ซึ่งไม่ใช่ผู้ต้องเสียหายนั้นเองได้ทราบ

การกระทำดังกล่าวนี้อาจแสดงออกโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด การปาฐะประกาศด้วยวิธีอื่นใดก็ได้ ซึ่งการประกอบธุรกิจโฆษณาก็มีความเกี่ยวข้องกับการกระทำดังกล่าวนี้ด้วย เนื่องจากต้องมีการแพร่ข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าและบริการโดยอาศัยสื่อสารมวลชนประเภทต่าง ๆ ถ้าปรากฏว่าภาพแพร่ง่าวสารนั้นฝ่าฝืนความจริง และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียง เกียรติคุณของบุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นใครก็ตาม ถ้าบุคคลดังกล่าวนี้สามารถนำสืบถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นได้

ตัวอย่างเช่น บริษัท B โฆษณาผลิตภัณฑ์น้ำมันพืชชนิดหนึ่ง ซึ่งผู้พบเห็นโฆษณาสามารถทราบได้ทันทีว่า หมายถึงสินค้าของ บริษัท A ว่าเป็นไขและอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายผู้บริโภคซึ่งไม่เป็นความจริง แล้วชักจูงให้ผู้บริโภคใช้ผลิตภัณฑ์ของบริษัท B แทน การกระทำดังกล่าวนี้หาก บริษัท A สามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้พบเห็นสามารถเข้าใจได้ว่าหมายถึงสินค้าของตนซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทางทามาหาได้ของบริษัท A จึงเป็นความผิดฐานเผยแพร่ข่าวสาร

ให้ผู้อื่นเสียหาย จึงต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ที่ต้องได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้น ตาม มาตรา 423 บริษัท A ยังสามารถร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ บริษัท B ผู้ละเมิดกระทำการแก้ไข ข่าวที่เผยแพร่โดยวิธีเดียวกันกับการเผยแพร่ข่าวที่ก่อให้เกิดความเสียหายได้ เช่น ใต้โฆษณาทาง หนังสือพิมพ์ก็ให้แก้ไขข่าวทางหนังสือพิมพ์เช่นกัน ตาม ปพพ. ม. 447

ในเรื่องนี้จะต่างกันหากเป็นการกล่าวถึงผู้อื่นตามความเป็นความจริง แม้จะก่อให้เกิด ความเสียหายแก่บุคคลอื่นก็ไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางแพ่ง (มาตรา 423) แต่อาจจะต้องรับ โทษทางอาญาฐานหมิ่นประมาทได้ ถ้าทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง เว้นแต่จะ พิสูจน์ได้ว่า การกล่าวความจริงเช่นนั้นได้กระทำเพื่อป้องกันส่วนได้เสียของตนตามคลองธรรม หรือกล่าวเพื่อความชอบธรรม หรือเป็นการกล่าวความจริงโดยมิใช่การใส่ความเรื่องส่วนตัวและ ความจริงดังกล่าวนั้นเป็นประโยชน์ต่อประชาชนทั่วไป

การที่จะมีความผิดฐานหมิ่นประมาทได้จะต้องมีการกระทำที่เรียกว่า "การใส่ความ" คือ การแสดงพฤติกรรมอันเป็นข้อเท็จจริงประการใดประการหนึ่งของผู้ถูกหมิ่นประมาท โดยจะ ต้องแสดงต่อบุคคลอื่น (นอกจากตัวผู้ถูกหมิ่นประมาท) ไม่ว่าจะใช้วิธีการใด ๆ แต่ข้อความที่หมิ่น ประมาทจะต้องเป็นคำกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอันแน่นอน ซึ่งหากเป็นการแสดงความคิดเห็นหรือแสดง ข้อความใดโดยเชื่อว่าเป็นความจริง กล่าวแล้วไม่ผิด กล่าวโดยมีเหตุผลว่าตนมีเหตุผลว่าตนมีสิทธิ จะกล่าวเช่นนั้นได้ (เชื่อโดยสุจริต) เพื่อความถูกต้องตามความคิดเห็นของคนธรรมดาเพื่อป้องกัน ความเสื่อมเสียของตนเองหรือส่วนได้เสียของตนตามกฎหมาย เหล่านี้ แม้จะเกิดความเสียหายแก่ ผู้กล่าวถึงก็ไม่ผิดฐานหมิ่นประมาท

โดยหลักแล้วกฎหมายอาญามุ่งคุ้มครองชื่อเสียงของบุคคลมิให้ถูกทำให้เสื่อมเสียไม่ว่าข้อ เท็จจริงเกี่ยวกับบุคคลนั้นจะเป็นความจริงหรือความเท็จ ผู้อื่นจะนำไปกล่าวต่อบุคคลที่สามมิให้เกิด ความเสียหายแก่ชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชังมิได้ ทั้งนี้ เว้นแต่กรณีที่กฎหมายเห็นว่า "ความจริง" นั้นจำเป็นต้องปรากฏต่อบุคคลอื่น ๆ มิฉะนั้นแล้วผู้กล่าว (ใส่ความ) จะต้อง กระทบกระเทือนในแง่ของประโยชน์ตามความชอบธรรม (เช่น ประโยชน์ในทางการค้าความนิยม ในสินค้าและบริการ) ตามมาตรา 329 หรือการกล่าวความจริงเป็นประโยชน์ต่อสาธารณชนทั่วไป เช่น ทำให้ประชาชนได้ทราบความเป็นจริงที่เกี่ยวกับประโยชน์ส่วนรวมในกรณีที่กฎหมายเปิด โอกาสให้ผู้กระทำพิสูจน์ได้นี้ ยังเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทอยู่แต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ (มาตรา 330)

ในกรณีธุรกิจโฆษณาที่อาจจะเกิดความรับผิดฐานหมิ่นประมาท (ตามมาตรา 326 ประมวลกฎหมายอาญา) ได้⁴² ข้อความโฆษณาหรือการแสดงโดยวิธีใด ๆ ให้ปรากฏทางสื่อโฆษณา ต้องเป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้เสียหาย เสียชื่อเสียงถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง

ตัวอย่างเช่น บริษัท A โฆษณาว่าสินค้าของบริษัท B เป็นสินค้าที่ผลิตขึ้นโดยวิธีลอกเลียนแบบสินค้าของ บริษัท A และยืนยันว่าบริษัท A เป็นผู้ดำเนินการผลิตสินค้าชนิดดังกล่าวมานานนับสิบปี บริษัท B เป็น บริษัทเกิดใหม่ในวงการและไม่มีความสามารถในการคิดค้นต้องลอกเลียนแบบ ทำให้ผู้บริโภคเข้าใจว่าสินค้าของบริษัท B ด้อยคุณภาพและ บริษัท B เป็นผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่สุจริตต่อผู้บริโภค ทำให้บริษัท B เสียชื่อเสียง ดังนั้นไม่ว่า บริษัท B จะลอกเลียนแบบบริษัท A หรือไม่ก็ตาม ถือว่าบริษัท A หมิ่นประมาท บริษัท B แล้ว

ดังนั้นแม้จะไม่ใช่ความผิดตามมาตรา 423 ในทางแพ่ง แต่ก็ควรจะมีมาตรการวางให้ผู้โฆษณาจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาฐานหมิ่นประมาทได้

ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าไม่ว่าผู้ใดก็ตามที่จะโฆษณาข้อความโฆษณา ควรจะมีสำนึกในการโฆษณาของตนในระดับหนึ่ง เพื่อความสงบสุขของสังคมในการอยู่ร่วมกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า มีข้อบกพร่องในการเยียวยาความเสียหาย คือ ในทางสัญญา ผู้เสียหายก็อาจมิได้มีนิติสัมพันธ์ต่อผู้กระทำการโฆษณานั้น ครั้นจะฟ้องตามเรื่องละเมิด (มาตรา 420) ก็ไม่มีกฎหมายรองรับว่าการกระทำเช่นนั้นถือผิดกฎหมาย ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นข้อบกพร่องอย่างหนึ่งของการเยียวยาความเสียหายนั้น ๆ ตามกฎหมายประเทศไทยเราควรมีมาตรการใดที่จะป้องกันการโฆษณาที่ก่อความเสียหายได้ซึ่งน่าพิจารณาว่า ควรมีกฎหมายที่ว่าด้วยการกำหนดคุณสมบัติของการประกอบวิชาชีพของผู้กระทำการโฆษณาซึ่งรวมถึงทั้ง ผู้โฆษณา ตัวแทนโฆษณา และเจ้าของสื่อโฆษณา ผู้ซึ่งกระทำการโฆษณาโดยตนเอง หรือถือว่าการกระทำเองมารองรับ ณ จุดนี้เพื่อรองรับจุดบกพร่องนี้ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวในบทที่ 5

⁴²สุยม สุภินิตย์, เอกสารการสอนชุดวิชา ธุรกิจการโฆษณา หน่วยที่ 11-15 สาขา วิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช พิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2531, หน้า 148.

ความรับผิดชอบของตัวแทนโฆษณาและเจ้าของสื่อ

ปัญหาที่มักเกิดขึ้นคือ ตัวแทนโฆษณาหรือเจ้าของสื่อจะโฆษณาโดยผู้โฆษณาไม่ทราบเรื่อง หรือยังมิได้ตรวจสอบผลงานก่อน ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าย่อมต้องพิจารณาก่อนว่าผู้โฆษณา นั้น เจ้าของคั้ ประกอบละเมิดทั้ง 4 ประการหรือไม่ ถ้าเจ้าของคั้ประกอบก็ผิด เช่น การที่ผู้โฆษณานั้นยังมิได้ ตรวจสอบโฆษณา ก่อน ซึ่งเหตุแห่งการมิได้ตรวจสอบเป็นการกระทำอันอาจจะโทษผู้โฆษณาได้หรือไม่หาก โฆษณาได้หรือเป็นความผิดของผู้โฆษณาก็ถือว่าเป็นประมาทเลินเล่อ เช่น ตัวแทนโฆษณานำชิ้นงาน โฆษณามาให้เจ้าของสินค้าของคุณแล้ว เนื่องจากครบกำหนดกลับส่งมอบงานต่อเจ้าของสินค้าและได้ เวลาที่ตัวแทนโฆษณาจะต้องลงสื่อโฆษณา เจ้าของสื่อก็มีสัญญากับเจ้าของสินค้าว่าจะต้องออก โฆษณาภายในเวลากำหนด ตัวแทนโฆษณาและเจ้าของสื่อพยายามตามตัวเจ้าของสินค้าเพื่อให้มา ตรวจสอบการโฆษณาแต่เจ้าของสินค้าไม่ว่างจะดู ตัวแทนโฆษณาและเจ้าของสื่อเกรงว่าตนจะถูกเจ้า ของสินค้าฟ้องตามสัญญาว่าจ้างโฆษณาและจ้องสื่อเนื่องจากเกรงว่าจะลงโฆษณาให้ช้ากว่าที่ระบุใน สัญญาตัวแทนโฆษณา หรือเจ้าของสื่อจึงลงโฆษณาให้โดยคิดว่าเป็นโฆษณาที่เจ้าของตรวจสอบและรับ ทราบแล้ว ดังนั้นโฆษณาสินค้านั้นได้ส่งผลเสียหายต่อผู้บริโภค และผู้บริโภคมาฟ้องร้องผู้โฆษณา หรือตัวแทนโฆษณาหรือเจ้าของสื่อโฆษณาในลักษณะละเมิดผู้บริโภคต้องนำสืบให้ได้ว่าผู้ที่ตนฟ้องนั้น ทาโฆษณานั้นโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อทำต่อผู้บริโภคโดยผิดกฎหมายตามที่กล่าวมาข้างต้นซึ่ง ถือว่ามีกฎหมายรองรับ และผู้บริโภคได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน อนามัย เสรีภาพ และสิทธิอื่น ๆ และสืบให้ได้ว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำทั้ง 4 องค์ ประกอบของละเมิด

ในทางปฏิบัติจะเกิดปัญหามากในกรณีที่ทำให้ตัวแทนโฆษณารับผิดฐานละเมิดต่อผู้บริโภคด้วย เนื่องจากตัวแทนโฆษณาย่อมปฏิบัติตามคำสั่งของผู้นำว่าจ้าง (ผู้โฆษณา) ว่าต้องการโฆษณาในลักษณะ เช่นใดและที่สำคัญข้อเท็จจริงของสินค้าเป็นเช่นใดนั้นผู้โฆษณาเป็นผู้ถ่ายทอดให้ตัวแทนโฆษณาทราบ ทั้งสิ้น ซึ่ง ตัวแทนโฆษณาก็จะเชื่อข้อเท็จจริงตามที่ผู้นำว่าจ้างได้ให้ข้อมูลของสินค้ามา และถือเป็นที่สุด ดังนั้นจึงถือเป็นเรื่องข้อเท็จจริงของสินค้านั้น รวมถึงการรับประกันใด ๆ จึงเกิดจากการเชื่อ คุณสมบัติของสินค้า ตามคำบอกกล่าวของผู้โฆษณา ผู้โฆษณาซึ่งเป็นผู้ว่าจ้างจึงจะต้องรับผิดชอบเอาเอง

ผู้เขียนเห็นว่าในเรื่องนี้จะต้องพิจารณาว่าในส่วนของโฆษณาออกมาในลักษณะคำพูดเช่น ซึ่งจะต้องใช้ทั้งในส่วนของผู้ประสานงานกับลูกค้า(Account Executive)ผู้เขียนข้อความโฆษณา

(Copy Writer) ช่างศิลป์ (Art) และ ผู้ออกแนวคิดสร้างสรรค์ (Creative) นั้นจะต้องดูว่าการทำเป็นทีมของบุคคลเหล่านี้ เพื่อให้ออกมาเป็นคำสร้างสรรค์โฆษณานั้น กับเนื้อหาในข้อเท็จจริงของสินค้าที่ว่า สิ่งไหนจะยิ่งหย่อนกว่ากัน เช่นการนำใช้ "เบียร์ที่ดีที่สุด" ย่อมถือว่าเป็นผลผลิตของฝ่ายตัวแทนโฆษณา ดังนั้นตัวแทนโฆษณาควรจะต้องมีหน้าที่ตรวจสอบ ว่าคำสร้างสรรค์โฆษณาของตนผิดกฎหมายหรือไม่ ซึ่งหากเป็นคำสร้างสรรค์โฆษณานั้นเกี่ยวกับข้อมูลของผลิตภัณฑ์ที่จะโฆษณาออกมาโดยเจ้าของสินค้าเป็นผู้หาข้อมูลมาให้ตัวแทนโฆษณาย่อมไม่มีโอกาสรู้ได้เลยว่าคำสร้างสรรค์นั้นเป็นจริงหรือเท็จอย่างไร เนื่องจากเป็นข้อมูลที่เจ้าของสินค้านำมาคนเดียว

เช่น เจ้าของสินค้าหาข้อมูลมาให้ตัวแทนโฆษณาว่า น้ำมันของบริษัทตนเป็นน้ำมันที่หล่อลื่นที่มีสาร X มากที่สุดกว่าทุกยี่ห้อ ซึ่ง X เป็นสารที่เป็นตัวหล่อลื่นที่ดีที่สุดเช่นนี้ตัวแทนโฆษณาย่อมต้องสร้างสรรค์โฆษณาจากข้อเท็จจริงพื้นฐานและปรากฏคัพทว่าสาร X ที่มีประโยชน์มากและหล่อลื่นดีมากกว่าสารอื่น ๆ ดังนั้น เจ้าของสินค้าเป็นผู้ให้ข้อเท็จจริงผิดพลาดจึงจะโทษตัวแทนโฆษณาไม่ได้

มีปัญหาน่าคิดว่าเหล่าผู้ประสานงานกับลูกค้า ผู้เขียนข้อความโฆษณา ช่างศิลป์ หรือผู้ออกแนวคิดสร้างสรรค์จะรับผิดชอบผู้บริโภคนั้นส่วนตัวได้หรือไม่ในกรณีที่บุคคลเหล่านี้ได้สร้างสรรค์โฆษณาขึ้นเองโดยมิได้รับข้อมูลจากผู้โฆษณา

ในเรื่องนี้เนื่องจากบุคคลเหล่านี้จะต้องทำงานกันเป็นทีม จึงไม่สามารถให้เขาเหล่านี้มีความรับผิดชอบเป็นส่วนตัวได้ ดังนั้น ไม่ว่าบุคคลเหล่านี้จะทำงานอยู่ในองค์กรเดียวกันหรือต่างองค์กรกัน ลักษณะงานก็จะต้องปรึกษารื้อกันจึงออกมาเป็นคำสร้างสรรค์โฆษณาคำเดียวกัน ผู้เขียนจึงเห็นต่อไปว่าไม่ว่าจะอยู่องค์กรเดียวกันหรือไม่บุคคลเหล่านี้ก็ไม่สามารถรับผิดชอบเป็นส่วนตัวได้ แต่การที่จะฟ้องผู้โฆษณา ตัวแทนโฆษณา และเจ้าของสื่อในทางละเมิดได้นั้น จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบทั้ง 4 ประการ ข้างต้น

อย่างไรก็ตามในส่วนของการกระทำผิดหน้าที่ลูกจ้างในกรณีเป็นองค์กรเดียวกันหรือทำผิดสัญญาว่าจ้างของกรณีคนละองค์กร นายจ้าง หรือคู่สัญญาเมื่อรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกแล้วก็ไปฟ้องร้องไล่เบี้ยกันเองได้ เช่นผู้ประสานงานกับลูกค้ารับข้อมูลมาอย่างผิด ๆ ทำให้ผลิตคำสร้างสรรค์งานโฆษณาออกมาผิดพลาดและเกิดละเมิดต่อผู้บริโภค เป็นต้น

ปัญหาการฟ้องคดีละเมิด

แม้ว่าการโฆษณาของผู้โฆษณา หรือตัวแทนโฆษณาหรือเจ้าของสื่อโฆษณา แล้วแต่กรณี จะเข้าข่ายที่ถือว่าเป็นการละเมิดต่อผู้บริโภค เพราะมีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายและทำให้บุคคลอื่นนั้นได้รับความเสียหายก็ตาม แต่ปัญหาที่เป็นภาระหนักแก่ผู้ฟ้องคดีละเมิด คือภาระการพิสูจน์ความผิดและความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation) ยังคงอยู่ภายใต้เรื่องผู้ตกกล่าวอ้างผู้เสียหายสืบตาม ปพพ. มาตรา 84 นั้นเอง

ในการดำเนินคดีความละเมิดเพื่อให้ผู้กระทำการโฆษณา (ผู้โฆษณา ตัวแทนโฆษณา หรือเจ้าของสื่อโฆษณา) รับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการโฆษณาผิดพลาดไปนั้น ผู้เสียหายต้องพิสูจน์ว่า

1) การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการโฆษณาสินค้าและจำหน่าย หรือให้บริการสินค้า นั้น ๆ นอกจาก เป็นการลวงละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกายชีวิต ทรัพย์สินอนามัย เสรีภาพ และสิทธิต่าง ๆ ของตนแล้ว ผู้เสียหายต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล กล่าวคือต้องพิสูจน์ว่าความเสียหายที่ตนได้รับนั้นเป็นผลมาจากการกระทำของผู้กระทำ ความเสียหายโดยผิดกฎหมาย ซึ่งหากโจทก์ หรือผู้เสียหายไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าผลเสียหายที่โจทก์ได้รับเป็นผลมาจากการกระทำของจำเลยแล้วก็จะยอมเอาผิดแก่จำเลยไม่ได้

ตัวอย่าง เช่น คอนโรดมเนียม ก. โฆษณาว่า โครงการคอนโรดมเนียมของตนซึ่งอยู่ เชียงรายสร้างเสร็จแล้ว และผู้ซื้อแต่ละห้องจะได้กรรมสิทธิในทรัพย์สินส่วนกลางด้วย คือ สระว่ายน้ำ สนามเทนนิส สนามกอล์ฟ สนามสควอช นาย เอ. อยู่กรุงเทพฯ ทราบความจากโฆษณาดังกล่าวจึงเดินทางไปดูห้องชุดที่โครงการหากเป็นจริงตามโฆษณา นาย เอ. ตั้งใจว่าจะซื้อ แต่ปรากฏว่าความเป็นจริงมิได้เป็นไปตามโฆษณาที่คอนโรดมเนียม ก. ได้โฆษณาไว้ ดังนั้น ย่อมเป็นภาระหนักแก่นาย เอ. ที่จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนเดินทางไปเชียงรายเนื่องจากเชื่อโฆษณา และตั้งใจจะซื้อห้องชุดนั้นจริง ๆ หากเป็นไปตามโฆษณา ซึ่งหากไม่มีโฆษณาเช่นนี้แล้ว นาย เอ. ก็จะไม่เดินทางไปเชียงราย หากนาย เอ. สามารถพิสูจน์ให้ศาลเชื่อตามนี้ได้ ย่อมถือว่าผลเสียหายที่ตนได้รับเป็นผลมาจากการกระทำของคอนโรดมเนียม ก. นั้นเอง และในเรื่องนี้จะต้องเป็นผลโดยตรงเท่านั้น ซึ่งกรณีจะต่างไปหากข้อเท็จจริงได้ความว่า นาย เอ. ต้องการจะไปเที่ยวเชียงรายอยู่แล้ว จึงถือโอกาสไปแวะชมดูคอนโรดมเนียม ก. แล้วจึงมาเรียกค่าเสียหาย

ดังนั้นถือว่าเป็นทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม ซึ่งทฤษฎีนี้ไม่เข้าศาลไทย เนื่องจากศาลไทยใช้ทฤษฎีผลโดยตรงดังอาจดูได้จากคำพิพากษาฎีกา คือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 1358-1359/2506 การที่จำเลยหรือห้องแถวทำให้สามีโจทก์เสียใจไปกระโดดน้ำตายการที่โจทก์ต้องเสียค่าทำศพและมีได้ขายสินค้านั้น ความเสียหายนี้มีสาเหตุแห่งการกระทำของจำเลย ฉะนั้นจะเรียกร้องให้จำเลยรับผิดชอบไม่ได้

จึงเห็นได้ว่าศาลไทยใช้ทฤษฎีผลโดยตรงหรือทฤษฎีเงื่อนไขในการวินิจฉัยความสัมพันธ์จากการกระทำและผลในคดีละเมิดไม่ว่าจะเป็นกรณีจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

และเนื่องจากข้อเสียของทฤษฎีนี้ คือ จำเลยจะต้องรับผิดชอบมากเกินไปเกินกว่าที่เป็นจริง หรือเกินกว่าที่จำเลยได้กระทำไป โดยไม่คำนึงถึงเหตุแทรกซ้อน

การกำหนดขอบเขตแห่งความรับผิด ในที่ละเมิดโดยอาศัยหลักทฤษฎีผลโดยตรง หรือทฤษฎีเงื่อนไข การใช้ บพพ. มาตรา 438 จะช่วยทำให้การใช้ทฤษฎีผลโดยตรงมีทางผ่อนคลายนลง ได้โดยไม่เกิดความรับผิดเกินกว่าความผิด⁴³ ซึ่งมาตรา 438 บัญญัติว่า " ค่าสินไหมทดแทนจะพึงนำใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์ และความร้ายแรงแห่งละเมิด " ดังนั้นจึงเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลที่จะพิจารณาตามข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบอย่างน้อยเพียงใดโดยไม่ว่าจำต้องให้ผู้กระทำรับผิดจนไม่มีที่สิ้นสุด นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 442 และ 223 ยังได้บัญญัติให้ศาลมีบทบาทในการกำหนดความรับผิดตามความร้ายแรงแห่งละเมิด ในกรณีที่ผู้เสียหายมีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายแสดงให้เห็นว่าการวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำ และผลโดยใช้ทฤษฎีเงื่อนไขนั้นในแง่ของบทบัญญัติใน บพพ. ที่ว่าด้วยค่าสินไหมทดแทน ได้บัญญัติทางแก้ให้ความรับผิดตามทฤษฎีเงื่อนไขของเขตที่อาจกำหนดได้⁴⁴

อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยไว้ในเรื่องทฤษฎีเงื่อนไขในเรื่องโฆษณา

⁴³ จิตติ ดิงศักดิ์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 216-218, ข้อ 246-247 และหน้า 220 ข้อ 249

⁴⁴ สุขุม สุภณิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 40.

2) ผู้กระทำการโฆษณา (ผู้โฆษณา ตัวแทนโฆษณา หรือเจ้าของสื่อโฆษณา) ได้ตั้งใจหรือประมาทเลินเล่อทำโฆษณาที่ขัดต่อกฎหมาย ในเรื่องภาระน่าสืบในข้อนี้ก่อให้เกิดข้อขัดข้องอย่างมากแก่ผู้เสียหาย เนื่องจาก **ผู้ที่รู้ที่สุดในเรื่องการโฆษณาที่ไม่เป็นความจริงก็คือตัวผู้ทำโฆษณานั้นนั่นเอง** ในที่นี้หมายถึงตัวผู้ทะเลาะเมิดนั้นเองซึ่งได้กล่าวมาแล้วว่าอาจเป็นการกระทำเจ้าของสินค้า หรือตัวแทนโฆษณาหรือเจ้าของสื่อโฆษณาก็ได้

ดังนั้น การที่ผู้บริโภคน่าสืบว่าผู้ทำโฆษณา (ผู้โฆษณา ตัวแทนโฆษณา หรือเจ้าของสื่อโฆษณา) เป็นผู้ตั้งใจ หรือประมาทเลินเล่อทำโฆษณาที่ขัดต่อกฎหมายซึ่งก็เป็นการยากอยู่แล้วรวมทั้งต้องพิสูจน์ว่ามีความสัมพันธ์รับผิดระหว่างโฆษณาที่ขัดต่อกฎหมาย นั้นก่อให้เกิดผลเสียหายแก่ผู้บริโภคนั้น ซึ่งหากมีเหตุการณ์แทรกแซงเกิดขึ้นด้วยแล้วยิ่งเป็นการยากสำหรับผู้บริโภคนั้นที่จะพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

เนื่องจากความยากลำบากและเป็นภาระหนักเกินไปสำหรับผู้บริโภค (ผู้เสียหาย) ที่จะพิสูจน์ความผิดของจำเลย ในต่างประเทศบางประเทศที่จะใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี เช่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ และประเทศในเครือจักรภพอังกฤษจึงได้นำหลัก ทฤษฎีหลักทางการพิสูจน์ที่ว่าเหตุการณ์ย่อมแจ้งชัดในตัวของมันเอง (Res Ipsa Loquitur-Thing Speaks For Itself) มาช่วยผู้เสียหายในกรณีฟ้องร้องเพื่อให้ผู้โฆษณา ตัวแทนโฆษณาและเจ้าของสื่อโฆษณารับผิดต่อความเสียหายที่ตนได้ก่อขึ้น แต่หลักการผลักภาระการพิสูจน์ ดังกล่าว เป็นหลักกฎหมายในระบบกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งเป็นหลักเพื่อประโยชน์ในการสืบพยานหลักฐานโดยเฉพาะส่วนประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร จึงจะนำเอาหลักดังกล่าวมาใช้ได้ ก็ต่อเมื่อได้บัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้วจึงเห็นได้จากมาตรา 422 แห่ง พพพ. ซึ่งเป็นเรื่องการกระทำอันฝ่าฝืนบทกฎหมายอันมีที่ประสงค์เพื่อป้องกันบุคคลอื่น นอกจากจะเป็นการกระทำผิดต่อกฎหมายอันเป็นละเมิดแล้ว มาตรานี้ยังบัญญัติให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า ผู้นั้นเป็นฝ่ายผิดด้วย ถ้ามีข้อแก้ตัวอย่างไรตกเป็นหน้าที่ของฝ่ายนั้นจะต้องนำสืบก่อน ซึ่งแก้ตัวได้เพราะมิใช่บทเด็ดขาด⁴⁵

⁴⁵ จิตติ ดิงศักดิ์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 237; ไพจิตร บุญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), หน้า 65.

ควรสังเกตว่าการใช้มาตรา 422 นี้ เป็นประโยชน์แก่ผู้เสียหายในแง่การนำสืบการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเท่านั้น แต่ต้องประกอบอื่น ๆ ในมาตรา 420 ผู้เสียหายยังคงต้องนำสืบให้ได้ตามมาตรา 420 เช่นต้องสืบว่าการฝ่าฝืนกฎหมาย เป็นการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายอยู่ในตัวและความเสียหายเกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวนั้น⁴⁶

และเนื่องจากกฎหมายส่วนใหญ่จะมีวัตถุประสงค์เพื่อการปกป้องบุคคลอื่นทั้งสิ้นที่เห็นได้ชัดก็คือ กฎหมายซึ่งเกี่ยวกับความสงบสุขของบ้านเมือง เกี่ยวข้องกับคนทั่วไป เช่น กฎหมายอาญา กฎหมายจราจร กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค เป็นต้น ศาลเยอรมันได้วางแนวว่ากฎหมายแพ่ง เยอรมันมาตรา 823 วรรค 2 มีความหมายถึงกฎหรือระเบียบใด ๆ ที่กำหนดข้อปฏิบัติแห่งสังคมไว้ (Rule Refers To Any Kind Of Legal Norm) แต่ข้อกำหนดแห่งสังคมนี้จะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องบุคคลอื่นทุกคน มิใช่เพียงระเบียบของสังคมสาธารณะแต่อย่างเดียว ดังนั้นถ้ากฎหรือระเบียบใดออกมาเพื่อใช้บังคับเพื่อการปฏิบัติราชการที่คล่องตัวมากขึ้นหรือเพื่อความสะดวกแก่การควบคุม การปฏิบัติตามกฎหมาย กฎหรือระเบียบนั้นไม่ใช่มิใช่กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องบุคคลอื่น ๆ ตาม มาตรา 823 วรรค 2⁴⁷

ในปัจจุบัน มีกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เป็นการปกป้องบุคคลทั่วไปมากขึ้น และได้กระจัดกระจายอยู่ตามกฎหมายหลายฉบับเมื่อพิจารณาจากเหตุผลของการร่างพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติ ยา พ.ศ. 2510 (แก้ไขเพิ่มเติมถึง พ.ศ.2530) พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 และ พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 แล้วจะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติเหล่านี้เป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์เป็นการปกป้องบุคคลทั่วไปตามมาตรา 422

ดังนั้น ผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหายจากการฝ่าฝืนกฎหมายเหล่านั้นควรใช้ประโยชน์จากข้อสันนิษฐานการกระทำในมาตรา 422 นี้ให้มากขึ้นเพื่อภาระการพิสูจน์ของผู้เสียหายในเรื่ององค์ประกอบเกี่ยวกับการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำได้ง่ายขึ้น⁴⁸

⁴⁶ สุขุม สุภินิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 61.

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 61.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 65.

ตัวอย่างเช่น ผู้เสียหายฟ้องว่าจำเลยทะเลาะเมิดรถยนต์การโฆษณาข้อความอันเป็นเท็จตาม พรบ.คุ้มครองผู้บริโภค หรือผู้เสียหายฟ้องว่าจำเลยทะเลาะเมิดรถยนต์คุณภาพหรือสรรพคุณของอาหารอันเป็นเท็จ ตาม พรบ. อาหาร หรือ ผู้เสียหายฟ้องว่าจำเลยทะเลาะเมิดกระทาโฆษณา โดยการโอ้อวดสรรพคุณของยาว่าสามารถบำบัดโรคทารักษาได้อย่างศักดิ์สิทธิ์ เป็นต้น การฟ้องตามพระราชบัญญัติเหล่านี้ถือว่าจำเลยได้ถูกข้อสันนิษฐานของกฎหมายแล้วว่าจำเลยกระทาผิดกล่าวคือ สันนิษฐานว่าจำเลยจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการโฆษณาแล้ว ผู้เสียหายจะต้องนำเสนอว่าความเสียหายมีจริง หรือไม่ และเกิดจากการกระทาของจำเลยหรือไม่ เป็นเรื่องที่ผู้เสียหาย (โจทก์) ต้องนำเสนอพิสูจน์ให้ศาลเห็น ซึ่งข้อสันนิษฐานตามกฎหมายข้อนี้ก็ไม่ใช่ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด ซึ่งหมายความว่า ผู้ถูกข้อสันนิษฐานนี้ย่อมนำเสนอหักล้างได้ว่าตนมิได้จงใจหรือประมาทเลินเล่อก่อความเสียหายนี้ขึ้น

อย่างไรก็ตามแม้ผู้เสียหายจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐาน ความผิดของจำเลยตามมาตรา 422 นี้ แต่ภาระพิสูจน์ความเสียหายและความสัมพันธ์ระหว่างการกระทาของจำเลยและความเสียหายนี้โจทก์ได้รับก็จะคงเป็นปัญหาของผู้เสียหายอยู่ จำเลยอาจพิสูจน์หักล้างว่า การฝ่าฝืนเรื่องการโฆษณาตาม พรบ. ข้างต้น เป็นเรื่องที่มีชำผลโดยตรงซึ่งมีไม่ชำสาเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยตรงแต่โจทก์ก็ได้ ครั้นจะให้ ตัวแทนโฆษณา และเจ้าของสื่อโฆษณา รับผิดชอบเด็ดขาดในเรื่องนี้ก็กระทาไม่ได้ เพราะไม่มีบทกฎหมายบัญญัติในเรื่องนี้ไว้ เช่นนั้น แนวคิดเรื่องความรับผิดชอบเด็ดขาดในทางละเมิด (Strict Liability, Absolute Liability, Liability Without Fault) ซึ่งหมายถึงผู้ที่ต้องรับผิดชอบแม้ไม่มีจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ยังคงต้องรับผิดชอบได้ปรากฏในกฎหมายไทย แต่เป็นเรื่องมาตรา 437 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ เป็นความรับผิดชอบเด็ดขาดของผู้ครอบครองยานพาหนะและทรัพย์สินอันตราย เว้นแต่จะพิสูจน์ยกเว้น ความรับผิดชอบของตนได้ตามที่กฎหมายยอมให้พิสูจน์เท่านั้นว่าเป็นความผิดของผู้เสียหายหรือเพราะเหตุสุดวิสัย⁴⁹

จึงเห็นได้ว่าการจะฟ้องร้องให้ผู้ทำผิดในเรื่องการโฆษณาเป็นผู้รับผิดชอบตามกฎหมายไม่ว่าจะในทางสัญญาหรือในทางละเมิดนี้เป็นเรื่องที่มีข้อขัดข้องอยู่มากสำหรับผู้เสียหาย

⁴⁹สุขุม สุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละ เมิด,

3.6 ความรับผิดชอบพระราชบัญญัติเฉพาะจากพวกสินค้าปัจจัยสี่ และสินค้าสำคัญที่ใช้ในการดำรงชีวิต

ตามที่คุณเขียนได้กล่าวมาแล้วว่าในส่วนของการโฆษณาสินค้านั้น ตามกฎหมายเฉพาะเรื่องหลายฉบับ ก็ได้มีบทบัญญัติควบคุมในเรื่องการโฆษณาสินค้าเป็นการเฉพาะ ผู้ประกอบการจะต้องพิจารณากฎหมายที่ควบคุมสินค้านั้น ๆ ก่อนที่จะทำการโฆษณาสินค้าของตน ในบทนี้ผู้เขียนจะขอกล่าวถึง การควบคุมการโฆษณาโดยกฎหมายจากพวกสินค้าปัจจัยสี่และสินค้าที่มีบทบาทสำคัญในชีวิตประจำวัน ซึ่งได้แก่พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 (แก้ไขเพิ่มเติมถึง พ.ศ. 2530) พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติวัตถุมีพิษ พ.ศ. 2535

ในเรื่องความรับผิดชอบพระราชบัญญัติทั้ง 4 ฉบับนี้ มีข้อนำพิจารณาว่าผู้ใดจะเป็นผู้มีความรับผิดชอบในเรื่องการโฆษณาได้บ้าง

ความรับผิดชอบพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522

ผู้ใดบ้างที่มีความรับผิดชอบเมื่อเกิดการโฆษณาที่ผิดตามพระราชบัญญัตินี้

เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้ได้กล่าวไว้ว่ามีบทบัญญัติห้ามการโฆษณาไว้ ดังนี้ คือ

"มาตรา 40 ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาคุณภาพ หรือสรรพคุณของอาหารอันเป็นเท็จ หรือเป็นการหลอกลวงให้เกิดความหลงเชื่อโดยไม่สมควร"

จะเห็นได้ว่ากฎหมายใช้คำว่า "ห้ามมิให้ผู้ใด" ดังนั้นจึงไม่จำกัดเฉพาะผู้โฆษณา (ซึ่งหมายถึง ผู้ผลิต ผู้นำเข้า พ่อค้าขายปลีก พ่อค้าขายส่ง) แต่หมายความรวมถึงผู้ใดก็ตามซึ่งเป็นผู้กระทำการโฆษณา ซึ่งหากในที่นี้คือ ตัวแทนโฆษณา หรือ เจ้าของสื่อโฆษณาตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ก็เป็นผู้อยู่ในความประสงค์ของกฎหมายด้วย ดังจะเห็นได้จากความในมาตราต่อมา คือ มาตรา 42 ของพระราชบัญญัตินี้ได้กล่าวไว้ ซึ่งบัญญัติกำหนดว่าเพื่อการพิทักษ์ประโยชน์และความปลอดภัยของผู้บริโภคให้ผู้อนุญาตมีอำนาจสั่ง เป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งถือ เป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่ คือ

1. ให้ผู้กระทำ ผู้นำเข้าหรือผู้จำหน่ายอาหาร หรือผู้ทำการโฆษณาระงับการโฆษณาอาหารที่เห็นว่าเป็นการโฆษณาโดยฝ่าฝืนมาตรา 41 (มาตรา 42 (1))

2. ให้ผู้ผลิต ผู้นำเข้าหรือผู้จำหน่ายอาหาร หรือผู้ทำการโฆษณาระงับการผลิต การนำเข้า การจำหน่าย หรือการโฆษณาอาหาร ที่คณะกรรมการเห็นว่าอาหารดังกล่าวไม่มีคุณภาพหรือคุณภาพ หรือสรรพคุณ ตามที่โฆษณา (มาตรา 42 (2))

การสั่งการโดยฝ่ายบริหาร

จากความในมาตรา 42 ข้างต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายใช้คำว่า "ผู้ทำการโฆษณา" จึงเห็นได้ว่ากฎหมายมุ่งหมายถึง ทั้งผู้โฆษณา ตัวแทนโฆษณา หรือ เจ้าของสื่อโฆษณา ที่เป็นผู้ทำการโฆษณา ซึ่งเลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยา หรือผู้ซึ่งเลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยามอบหมาย (ความหมายของผู้อนุญาต ตามความในมาตรา 4) มีอำนาจใช้ดุลยพินิจสั่งตามที่ใดกล่าวมาข้างต้น ซึ่งการสั่งให้ระงับการกระทำการเกิดจาก 2 สาเหตุ คือ

1. สาเหตุตามความในมาตรา 41 คือ

การโฆษณาคุณภาพประโยชน์ คุณภาพหรือสรรพคุณของอาหาร ทางสื่อโฆษณาใด ๆ หรือด้วยวิธีใด ๆ จะต้องนำเสนอ ภาพ ภาพยนตร์ หรือข้อความที่จะโฆษณา ให้ผู้อนุญาตตรวจพิจารณาก่อนเมื่อได้รับอนุญาตแล้วจึงได้โฆษณาได้*

สาเหตุตามมาตรา 41 นี้หากฝ่าฝืน คือ ไม่ขออนุญาตโฆษณา หรือยังไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้ข้อความที่ขออนุญาตโฆษณาได้ ถือว่าฝ่าฝืนและผู้ฝ่าฝืนอาจหมายถึง ผู้ผลิต ผู้นำเข้า ผู้จำหน่าย ตัวแทนโฆษณา เจ้าของสื่อโฆษณา ผู้หนึ่งผู้ใด หรือทุกคนก็ได้ หากได้ความว่าทุกคนคือผู้กระทำโฆษณานั้น ก็จะต้องระงับการโฆษณานั้น

* การโฆษณาทางสื่ออื่น ๆ เช่น วิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ การโฆษณาอาหาร ก็ควรจะต้องผ่านขั้นตอนของ กกช. ก่อนเนื่องจากเป็นกฎหมายควบคุมการใช้สื่อ ซึ่งการควบคุมการใช้สื่อจะเอาผิดกับผู้โฆษณาหรือตัวแทนโฆษณาไม่ได้ เพราะ กกช. เป็นการควบคุมเจ้าของสื่อวิทยุ และวิทยุโทรทัศน์นั้น มิได้ควบคุมผู้โฆษณา หรือตัวแทนโฆษณาด้วย

2. สาเหตุตามความในมาตรา 40 คือ

การโฆษณาตามมาตรา 40 นี้ก็เป็นขั้นตอนที่อาจผ่านมาตรา 41 มาแล้วกล่าวคือ การโฆษณาข้อความจะต้องขออนุญาตตามมาตรา 41 ก่อนเมื่อได้รับอนุญาตแล้วจึงโฆษณาได้ และจึงมาถึงขั้นตอนที่ข้อความที่โฆษณานั้นจะต้องมีคุณสมบัติ คุณภาพ หรือสรรพคุณของอาหารตามที่โฆษณาไป กล่าวคือโฆษณานั้นจะต้องไม่เป็นเท็จ หรือหลอกลวงให้ผู้บริโภคเกิดความหลงเชื่อ แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติก็คือ ผู้กระทำการโฆษณาไม่สามารถทราบได้ว่าอย่างไรคือโฆษณาที่ถูกต้องตามมาตรา 40

ดังนั้น หากผู้ผลิต ผู้นำเข้าหรือผู้จำหน่าย ตัวแทนโฆษณา หรือเจ้าของสื่อทำการโฆษณาอาหารโดยใช้ข้อความที่เป็นเท็จหรือหลอกลวงผู้บริโภคเกิดความหลงเชื่อว่าเป็นความจริง คณะกรรมการมีอำนาจสั่งระงับการผลิต นำเข้า การจำหน่าย หรือการโฆษณาอาหารตามที่คณะกรรมการอาหารเห็นว่าไม่มีประโยชน์ คุณภาพ หรือสรรพคุณ ตามที่โฆษณาจึงเป็นการใช้ดุลยพินิจของคณะกรรมการอาหารเอง ซึ่งการที่กฎหมายมิได้บัญญัติลักษณะของโฆษณาที่ถูกต้องตามกฎหมายไว้ชัดเจน ก่อให้เกิดช่องทางการตีความของเจ้าหน้าที่รัฐใช้ดุลยพินิจในการตีความของเจ้าหน้าที่เอง และการตีความของเจ้าหน้าที่ก็ไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ที่แจ่มชัดให้ผู้กระทำการโฆษณาทราบและถือปฏิบัติเป็นหลักเกณฑ์ได้

บทลงโทษผู้กระทำการโฆษณาผิดกฎหมาย

1. ในกรณีที่มีการฝ่าฝืน การโฆษณาตามมาตรา 40 ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 70)
2. ในกรณีที่มีการฝ่าฝืน การโฆษณาตามมาตรา 41 (การขออนุญาตโฆษณา) ผู้กระทำต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท (มาตรา 71) และเป็นกรณีนี้เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยา หรือคณะกรรมการอาหาร มีอำนาจเปรียบเทียบปรับได้ (มาตรา 75)
3. ในกรณีที่ ผู้ผลิต ผู้นำเข้า ผู้จำหน่าย ตัวแทนโฆษณา หรือเจ้าของสื่อ ทำการฝ่าฝืนคำสั่งของคณะกรรมการที่สั่งตาม มาตรา 42 ผู้ฝ่าฝืนจะมีโทษตามมาตรา 72 ของ พระราช

บัญญัติ ดังกล่าว คือ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ปรับเป็นรายวันละไม่น้อยกว่าห้าร้อยบาทแต่ไม่เกินหนึ่งพันบาท ตลอดเวลาที่มิได้ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายมุ่งหมายที่จะให้ผู้ใดก็ตามไม่เฉพาะแต่เป็นผู้ผลิต ผู้นำเข้า หรือผู้จำหน่ายอาหารเหล่านั้นที่จะทำการโฆษณาตาม พระราชบัญญัตินี้จะต้องขออนุญาตโฆษณาอีกทั้งการโฆษณานั้นจะต้องไม่เป็นเท็จและหลอกลวงผู้บริโภคด้วย

แต่เนื่องจากความในมาตรา 40 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติเพียงว่าห้ามโฆษณาคุณประโยชน์ คุณภาพ หรือสรรพคุณของอาหาร อันเป็นเท็จหรือเป็นการหลอกลวงให้เกิดความหลงเชื่อโดยไม่สมควร นั้น น่าสังเกตว่า ความหมายของคำว่า "อันเป็นเท็จหรือหลอกลวงให้เกิดความหลงเชื่อโดยไม่สมควร" นั้น หมายความว่าอย่างไรและมีการตีความอย่างไร กฎหมายมิได้บัญญัติเอาไว้ จึงก่อให้เกิดปัญหาการตีความกับผู้กระทำการโฆษณาอย่างมาก อีกทั้งการฝ่าฝืนมีบทลงโทษทางอาญา จึงควรที่จะมีบทบัญญัติให้แจ่มชัด เพื่อให้ผู้มีหน้าที่ได้ปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่าง ถูกต้องและเข้าใจ

อย่างไรก็ตามกฎหมายที่ไม่แจ่มชัดดังกล่าวอาจไม่ก่อให้เกิดปัญหาก็ได้หาก หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายนี้ มีการตีความกฎหมายอย่างมีหลักเกณฑ์และ เปิดเผยให้แก่ผู้กระทำการโฆษณาที่มีหน้าที่ให้รู้และ เข้าใจหลักเกณฑ์ของกฎหมาย ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวควรที่จะ เปิดเผยและ เผยแพร่ให้ผู้กระทำการโฆษณาหรือ บุคคลทั่วไปทราบ เพื่อจะได้มีการปฏิบัติตามกฎหมายไม่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งผู้เขียนจะหยิบยกมากล่าวในเรื่องการควบคุมการโฆษณาในอนาคตของสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาต่อไป

ความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติฯ พ.ศ. 2510 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2530)

ผู้ใดบ้างที่มีความรับผิดชอบเมื่อเกิดการโฆษณาที่ผิดตามพระราชบัญญัตินี้

พระราชบัญญัติยาได้มีบทบัญญัติห้ามการโฆษณาไว้ ตามมาตรา 88⁵⁰ มาตรา 89⁵¹ และมาตรา 90⁵²

จะเห็นได้ว่า การโฆษณายานั้นนอกจากจะต้องปฏิบัติตามความในมาตรา 88 ขึ้นต้นแล้ว ยังจะต้องปฏิบัติตามความในมาตรา 89 และ 90 อีกด้วย ซึ่งถือเป็นหน้าที่ของทุกคนที่จะโฆษณา ดังนั้น หากในกรณีนี้ไม่ว่าผู้โฆษณาตัวแทนโฆษณาหรือเจ้าของสื่อทำการโฆษณา เขาก็มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามนี้ด้วย ซึ่งหากเขาฝ่าฝืน ก็จะต้องถูกลงโทษตามที่กฎหมายกำหนด

⁵⁰มาตรา 88 การโฆษณายาจะต้อง

- (1) ไม่เป็นการอื้อวดสรรพคุณยาหรือวัตถุดิบเป็นส่วนประกอบของยาว่าสามารถบำบัด บรรเทา รักษาหรือป้องกันโรค หรือความเจ็บป่วยได้อย่างศักดิ์สิทธิ์หรือหายขาด หรือใช้ถ้อยคำอื่นใดที่มีความหมายนองเดียวกัน
- (2) ไม่แสดงสรรพคุณยาอันเป็นเท็จหรือเกินความจริง
- (3) ไม่ทำให้เข้าใจว่ามีวัตถุใดเป็นตัวยาหรือเป็นส่วนประกอบของยาซึ่งความจริงไม่มีวัตถุหรือส่วนประกอบนั้นในยา หรือมีแต่ไม่เท่าที่ ทำให้เข้าใจ
- (4) ไม่ทำให้เข้าใจว่าเป็นยาทำให้แท้งลูกหรือยาขับระดูอย่างแรง
- (5) ไม่ทำให้เข้าใจว่าเป็นยาบำรุงกามหรือยาคุมกำเนิด
- (6) ไม่แสดงสรรพคุณยาอันตรายหรือยาควบคุมพิเศษ
- (7) ไม่มีการรับรองหรือยกย่องสรรพคุณยาโดยบุคคลอื่น
- (8) ไม่แสดงสรรพคุณยาว่าสามารถบำบัด บรรเทา รักษา หรือป้องกันโรคเบาหวาน มะเร็ง อัมพาต วัณโรค โรคเรื้อน โรคหรืออาการของโรคของสมอง หัวใจ ปอด ตับ ม้าม ไต ความใน (5) และ (6) ไม่ใช้บังคับแก่ข้อความในฉลากหรือเอกสารกำกับยา และความใน (1) (4) (5) (6) (7) และ (8) ไม่ใช้บังคับแก่การโฆษณาซึ่งกระทำโดยตรงต่อผู้ประกอบโรคศิลปะ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม หรือผู้ประกอบการบำบัดโรคสัตว์

⁵¹มาตรา 89 ห้ามมิให้โฆษณายาโดยไม่สุภาพ หรือโดยการร้องรำทำเพลง หรือแสดงความทุกข์ทรมานของผู้ป่วย

⁵²มาตรา 90 ห้ามมิให้โฆษณายา โดยวิธีแถมพหหรือออกสลากรางวัล

นอกจากผู้กระทำการโฆษณา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหมายถึงผู้ใดก็ได้ที่ทำการโฆษณาจะต้องทำการโฆษณาตามที่กฎหมายกำหนดทั้ง 3 มาตราข้างต้นแล้ว หากเป็นกรณีที่โฆษณานั้น เป็นการโฆษณาขายยาทางวิทยุกระจายเสียง เครื่องขยายเสียง วิทยุโทรทัศน์ ทางฉายภาพหรือภาพยนตร์ หรือทางสิ่งพิมพ์ (มาตรา 88 ทวิ) จะต้อง

- (1) ได้รับอนุมัติข้อความ เสียง หรือภาพที่ใช้ในการโฆษณาจากผู้อนุญาต
- (2) ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ผู้อนุญาตกำหนด

การสั่งการโดยฝ่ายบริหาร

เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยา มีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้ระงับการโฆษณาขายยาที่เห็นว่าเป็นการโฆษณาโดยฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้ได้ (มาตรา 90 ทวิ) ซึ่งหมายถึงหากผู้กระทำการโฆษณาทำการฝ่าฝืน บทบัญญัติข้างต้นถือเป็นอำนาจเด็ดขาดของเลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยาซึ่งมีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้ระงับการโฆษณาขายยาได้ทันที

บทลงโทษผู้กระทำการโฆษณาผิดกฎหมาย โทษทางอาญา

1. การโฆษณาฝ่าฝืนมาตรา 88 มาตรา 88 ทวิ มาตรา 89 หรือมาตรา 90 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท (มาตรา 124) ซึ่งในการนี้เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยาหรือผู้ซึ่งเลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยามอบหมายมีอำนาจเปรียบเทียบปรับได้เลย เนื่องจากเป็นบทลงโทษนี้มีโทษปรับสถานเดียว (มาตรา 126 ทวิ)
2. การฝ่าฝืนคำสั่งให้ระงับการโฆษณาขายยาของเลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยา ซึ่งได้สั่งให้ระงับการโฆษณา (มาตรา 90 ทวิ) ผู้ฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินห้าพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับและให้ปรับเป็นรายวันอีกวันละห้าร้อยบาท จนกว่าจะปฏิบัติตามคำสั่ง ดังกล่าว (มาตรา 124 ทวิ)

ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติคือ ผู้กระทำการโฆษณาไม่สามารถทราบได้ว่าอย่างไรคือ โฆษณาที่ถูกต้อง ตามมาตรา 88 หรือ 89 ข้างต้น อีกทั้งการฝ่าฝืนมีบทลงโทษทางอาญาดังนั้น จึงควรที่จะพิจารณาในการบัญญัติกฎหมายให้แจ่มชัด เพื่อให้ผู้กระทำการโฆษณาที่มีหน้าที่เหล่านั้นได้ ทราบว่า เขาจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างไร และเพื่อ เป็นเกณฑ์ในการใช้ดุลยพินิจในการตี ความของเจ้าหน้าที่ และกฎหมายที่ไม่มีหลักเกณฑ์ให้ชัดซึ่งการไม่มีหลัก เกณฑ์ก่อให้เกิดการตีความ ของเจ้าหน้าที่เองโดยมิชอบ

ความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535

ผู้ใดบ้างที่มีความรับผิดชอบเมื่อเกิดการโฆษณาที่ผิดตามพระราชบัญญัตินี้

พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง ได้มีบทบัญญัติในเรื่องการโฆษณาไว้ เป็นไปตามความใน มาตรา 37 คือ

"ให้หน้าบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค ในส่วนที่เกี่ยวกับการ คุ้มครองผู้บริโภคในด้านการโฆษณาในด้านการโฆษณา มาใช้บังคับแก่การโฆษณาเครื่องสำอางโดย อนุโลม โดยให้ถือว่าอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรี และให้ถือว่าอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ"

การใช้อำนาจของคณะกรรมการอาหารและยา โดยคณะกรรมการเครื่องสำอางใน เรื่องการโฆษณานี้ ก็ยังคงเป็นการใช้อำนาจโดยคณะกรรมการเครื่องสำอาง หากได้เป็นการใช้อำนาจโดยคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคไม่ เป็นเพียงแต่หน้าบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการ คุ้มครองผู้บริโภคในส่วนของ การคุ้มครองในด้านการโฆษณามาบังคับใช้โดยอนุโลมเท่านั้น ซึ่งผู้ เขียนจะไม่น่ามากล่าว ณ ที่นี้ซ้ำอีก

ในทางปฏิบัติคณะกรรมการ เครื่องสำอางจะแต่งตั้งคณะกรรมการฉลากและโฆษณา เครื่องสำอาง* มีหน้าที่ในส่วนที่เกี่ยวกับการโฆษณา เครื่องสำอาง

1. พิจารณาให้คำแนะนำหรือความเห็นเกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไข และวิธีการเกี่ยวกับการโฆษณา เครื่องสำอาง ดังนี้
2. พิจารณาให้ความเห็นเกี่ยวกับการโฆษณา เครื่องสำอางตามคำขอของผู้ประกอบธุรกิจ และให้รายงานให้คณะกรรมการ เครื่องสำอาง
3. พิจารณาความถูกต้องตามกฎหมายในการโฆษณา เครื่องสำอาง และออกคำสั่ง ดำเนินการโฆษณาดังกล่าวตามที่เห็นควร เว้นแต่คณะกรรมการจะ เห็นควรขอความเห็นชอบจาก คณะกรรมการ เครื่องสำอางก่อน
4. ปฏิบัติและรับผิดชอบเรื่องอื่น ๆ ตามที่คณะกรรมการมอบหมาย

* ข้อมูลรวบรวมถึง ณ. วันที่ 3 มีนาคม ในอนาคตอาจเปลี่ยนแปลงคณะทำงานเป็น คณะกรรมการฉลาก 1 ชุด และ คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา เครื่องสำอาง อีก 1 ชุด โดยคณะกรรมการทั้งสองชุดจะแยกกันทำงาน ดังนี้ คือ

1. คณะกรรมการว่าด้วยฉลาก เครื่องสำอาง
เป็นองค์กรที่ได้รับการแต่งตั้งจากคณะกรรมการ เครื่องสำอาง ให้ปฏิบัติหน้าที่ เกี่ยวกับการพิจารณา กำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการเกี่ยวกับการโฆษณา เครื่องสำอาง
2. คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา เครื่องสำอาง
เป็นองค์กรที่ได้รับการแต่งตั้งจากคณะกรรมการ เครื่องสำอาง ให้ปฏิบัติหน้าที่ ในส่วนที่เกี่ยวกับการโฆษณา เครื่องสำอาง ดังนี้
 - 2.1. พิจารณาให้ความเห็นเกี่ยวกับการโฆษณา เครื่องสำอางตามคำขอของผู้ประกอบธุรกิจ
 - 2.2. พิจารณาความถูกต้องตามกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณา เครื่องสำอางและ ออกคำสั่งดำเนินการกับการโฆษณาดังกล่าวตามที่เห็นควร เว้นแต่คณะกรรมการฯ จะเห็นควร ขอความเห็นชอบจากคณะกรรมการ เครื่องสำอางก่อน
 - 2.3. ปฏิบัติและรับผิดชอบเรื่องอื่น ๆ ตามที่คณะกรรมการมอบหมาย

ในทางปฏิบัติ คณะอนุกรรมการกลางและโฆษณาศูนย์เครื่องสำอางจะใช้มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจผู้ใดสงสัยว่าการโฆษณาของตนจะเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่ ผู้ประกอบธุรกิจนั้นอาจขอให้คณะอนุกรรมการกลางและโฆษณาศูนย์เครื่องสำอางพิจารณาให้ความเห็นในเรื่องนั้นก่อนทำการโฆษณาได้ในกรณีที่คณะอนุกรรมการฯ จะต้องให้ความเห็นและแจ้งให้ผู้ขอทราบภายใน 30 วัน นับแต่วันที่คณะอนุกรรมการฯ ได้รับคำขอ ถ้าไม่แจ้งภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าว ให้ถือว่าคณะอนุกรรมการฯ ให้ความเห็นชอบแล้ว

การขอความเห็นและคำบ่วยการในการให้ความเห็นให้เป็นไปตามระเบียบที่คณะกรรมการเครื่องสำอางกำหนด คำบ่วยการที่ได้รับให้หน้าส่งคลังเป็นรายได้แผ่นดิน

การให้ความเห็นของคณะอนุกรรมการฯ ไม่ถือว่าเป็นการตัดอำนาจของคณะอนุกรรมการฯ ที่จะพิจารณาวินิจฉัยใหม่เป็นอย่างอื่น เมื่อมีเหตุอันสมควร

การใดที่ผู้ประกอบธุรกิจได้กระทำไปตามความเห็นของคณะอนุกรรมการฯ มิให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญา

วิธีการยื่นคำขอ

ผู้ประกอบธุรกิจสามารถยื่นคำขอความเห็นเกี่ยวกับข้อความสำหรับโฆษณาเครื่องสำอางได้ที่สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา (ตามแบบ ชมส.1) พร้อมแนบหลักฐานต่าง ๆ ที่ปรากฏในแบบคำขอเพื่อประกอบการพิจารณา จำนวน 20 ชุด และให้ผู้ขอชำระคำบ่วยการในการให้ความเห็นในอัตราดังต่อไปนี้

1. ข้อความที่ใช้สื่อทางวิทยุโทรทัศน์ ภาพยนต์ หรือวิทยุกระจายเสียง เป็นเงิน 5,000 บาท ต่อ 1 เรื่อง
2. ข้อความที่ใช้สื่ออย่างอื่นนอกจากข้อ 1. ข้อความละ/เรื่องละ/ครั้งละ เป็นเงิน 3,000 บาท

การพิจารณาให้ความเห็น

เมื่อเจ้าหน้าที่ตรวจสอบคำขอและเอกสารหลักฐานต่าง ๆ ครบถ้วนแล้ว จะส่งเรื่องให้ คณะอนุกรรมการจลาจลและโรยธงเครื่องสาอางเป็นผู้พิจารณา แล้วแจ้งผลการพิจารณาให้ผู้ขอทราบภายใน 30 วัน เพื่อให้การพิจารณาของคณะอนุกรรมการฯ เป็นไปด้วยความรวดเร็ว ผู้ขอควรเตรียมเอกสาร หลักฐานสนับสนุนข้อความโรยธงมาให้พร้อมซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ประกอบการธุรกิจเอง

การพิจารณาให้ความเห็นของคณะอนุกรรมการฯ จะดำเนินการไปตามหลักเกณฑ์เดียวกันกับการพิจารณาวินิจฉัยข้อความโรยธงที่ได้จากการตรวจติดตามหรือเรื่องที่มีผู้ร้องเรียนมา เมื่อพิจารณาเห็นว่าข้อความที่ขอให้พิจารณาให้ความเห็นนั้นมีลักษณะอันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ก็แจ้งให้ผู้ขอทราบและทำการแก้ไขเสีย หากไม่ยอมก็ถือว่าข้อความดังกล่าวนั้นไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

ความรับผิดชอบพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535

ผู้ใดบ้างที่มีความรับผิดชอบเมื่อเกิดการโรยธงที่ผิดตามพระราชบัญญัตินี้
พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย ได้มีบทบัญญัติในเรื่องการโรยธงไว้ เป็นไปตามมาตรา 51 กล่าวคือ "การควบคุมการโรยธงวัตถุอันตรายให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค"

ในเรื่องนี้มีปัญหาว่า คำว่า ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคจะเป็นเพียงหมายถึงการใช้อำนาจโดยคณะกรรมการวัตถุอันตราย หรือ จะเป็นการใช้อำนาจโดยคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค โดยคณะกรรมการว่าด้วยการโรยธงนั้น ในเรื่องนี้ได้มีการตีความกันโดยคณะอนุกรรมการว่าด้วยการโรยธง และคณะกรรมการว่าด้วยการโรยธงแล้ว และถือเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาโรยธงตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ คณะกรรมการตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคมิใช่คณะกรรมการวัตถุอันตราย และกฎหมายที่ใช้เป็นไปตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคในส่วนของ การโรยธง

ผู้เขียนเห็นว่า ผู้ใดจะเป็นผู้รับผิดชอบในเรื่องการโฆษณาที่ผิดกฎหมายตามมาตรา 51 ข้างต้นได้บ้างนั้น จึงเป็นไปตามพระราชบัญญัติคุ้มครอง พศ. 2522 ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวไปแล้ว ดังนั้นผู้ที่กระทำความคิดในเรื่องการโฆษณาที่ผิดต่อกฎหมายนั้น สามารถเป็นได้ทั้งผู้โฆษณา ตัวแทนโฆษณา หรือเจ้าของสื่อโฆษณาซึ่งแล้วแต่ว่าผู้ใดจะเป็นผู้กระทำการโฆษณานั้น ๆ หรืออาจร่วมกันทำก็ได้

ในทางปฏิบัติมักปรากฏว่าบุคคลทั้ง 3 ฝ่ายจะตกลงกันได้เสมอว่าใครเป็นผู้ยอมรับผิดต่อเจ้าพนักงานของรัฐในฐานะผู้กระทำการโฆษณาที่ผิดต่อกฎหมาย

แนวความคิดการบัญญัติกฎหมายให้มีบทเปรียบเทียบปรับ

ในเรื่องความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติทั้ง 4 ฉบับที่ผู้เขียนได้กล่าวไปนั้น จะเห็นได้ว่ามีบทบัญญัติในเรื่องการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการเปรียบเทียบปรับ ซึ่งมีผลคือทำให้คดีอาญาระงับไปนั้น เป็นผลดีในแง่การทำให้คดีความไม่ยืดเยื้อและระงับจบสิ้นได้เร็ว แต่ผลเสียก็คือผู้กระทำความผิดอาจไม่เกรงกลัวต่ออำนาจเจ้าหน้าที่ เนื่องจากผู้กระทำความผิดสามารถยินยอมเสียค่าปรับ ก็มีผลทำให้คดีอาญาก็เป็นอันระงับไป ผู้กระทำความผิดจึงไม่ค่อยให้ความสำคัญเอาใจใส่ต่อการกระทำการโฆษณาให้ถูกต้องตามกฎหมายเท่าที่ควรจะเป็น อย่างไรก็ตามทฤษฎีในการเปรียบเทียบปรับนี้ถ้าพิจารณาว่าเนื่องจากเจตนาของกฎหมายเห็นว่าเป็นความคิดไม่ร้ายแรง ซึ่งมีไม่เรื่องเจตนาร้าย (Mens rea) ในการกระทำผิดทางอาญา (Criminal Intention) แต่เป็นเรื่องในทางธุรกิจ (Business Action) มากกว่าจึงได้มีบทบัญญัติเช่นนี้

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย